

Le Mandat

dans

l'Abus de Confiance

THÈSE

soutenue par

M. DERICKE Alexandre

le 15 Mars 1935, à 14 heures

Président : DONNEDIEU-de-Vabres

Suffragants : MM. HUGUENEY

ESMEIN

EPINAL

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE FRICOTEL

1935

Le Mandat

dans

l'Abus de Confiance

THÈSE

soutenue par

M. DERICKE Alexandre

le 15 Mars 1935, à 14 heures

Président : DONNEDIEU-de-Vabres

Suffragants : MM. HUGUENEY

ESMEIN

EPINAL

SOCIÉTÉ ANONYME DE L'IMPRIMERIE FRICOTEL

1935

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs Auteurs.



Bibliographie

- BAZOT : Abus de confiance en matière de société (Revue pratique t. XVIII, 1864, p. 170).
- BEDARRIDE : Société — t. I.
- BLANCHE : Etudes sur le code pénal, 2^e édition, tome 6.
- BOICEAU : De la preuve par témoins, livre 12, chapitre 3, n^o 9.
- BOISTEL : Note au D. 1893. 2. 121.
- BOITARD : Leçons de droit criminel, 13^e édition, 23^e leçon.
- BONASSE-BLANCHON : De l'abus de confiance.
- BOUÉ : De l'abus de confiance.
- BOYER : De l'abus de confiance en matière de cheptel de fer (Rev. gen. de dr. et de leg. 1881, t. 5).
- BRYON : De la violation du contrat de cheptel au point de vue criminel (journal des Parquets 42. 1. 67).
- CARNOT : Commentaire sur le code pénal, tome 2, p. 451 à 460.
- CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE : Théorie du code pénal, 6^e édition, tome V.
- DELANGLE : Sociétés commerciales, t. I.
- DEMOLOMBE : Si le tuteur qui dissipe les fonds pupillaires est passible des peines portées aux art. 406 et 408 du code pénal. Revue critique, t. I, année 1851.
- DOMENGET : De l'abus de confiance et de ses éléments constitutifs. Revue pratique, t. 34.
- DONNEDIEU DE VABRES : Note au D. 1934. 1. 37.
- DUDAN : Le contrat estimatoire en droit français moderne, thèse 1933.

GARRAUD : Traité théorique et pratique du droit pénal, 2^e édition,
t. V.

HENRY : Note au S. 1933. 1. 116.

HENRY : Note au D. 1933. 2. 9.

HUBERT : Les assurances sociales, t. 2, n^o 438.

HUGUENEY : Note dans Revue pénitentiaire 1933, p. 93.

LEBRET : Corruptions d'employés. Etudes criminologiques 1928,
p. 107 et suiv.

LEVY : Eléments constitutifs du vol, de l'escroquerie et de l'abus
de confiance.

PELLERIN : Commentaire de la loi du 13 mai 1863.

PÉNICAUT : De l'abus de confiance prévu et puni par l'art. 408
C. P.

PERRAUD-CHARMENTIER : De l'abus de confiance imputé aux
employeurs en matière d'assurances sociales. Sem. Juridi-
que 1933, p. 609.

ROLLAND DE VILLARGUES : Les codes criminels, sur les art. 406
à 409.

ROUX : Note au S. 1901. 1. 105.

ROUX : Note au S. 1911. 1. 481.



Historique

L'article 408 du code pénal, qui prévoit l'abus de confiance, est ainsi conçu : « Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406.

« Si l'abus de confiance prévu et puni par le précédent paragraphe a été commis par un officier public ou ministériel ou par un domestique, homme de service à gages, élève, clerc, commis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au préjudice de son maître, la peine sera celle de la réclusion. Le tout sans préjudice de ce qui est dit aux articles 254, 255, 256 relativement aux soustractions et enlèvements de deniers, effets ou pièces, commis dans les dépôts publics ».

La première rédaction de l'article 408, celle du code pénal de 1810, ne comportait aucune disposition relative au détournement d'objets remis à titre de mandat. Cette lacune ne fut comblée que par la loi du 28 avril 1832.

Quelques rappels historiques nous semblent ici nécessaires.

En droit romain, la notion du *furtum* avait une acception beaucoup plus compréhensive qu'en droit français moderne. Elle embrassait à la fois des faits de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance.

« *Furtum est contractatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus rei, possessionisve* » (L. I § 3. D. de furtis XLVII. II).

Une autre définition est encore donnée par Gaius : « *Furtum autem fit... generaliter cum quis rem alienam invito domino contractat* » (Gaius III § 195).

Il faudrait bien se garder de traduire *contractatio* par « soustraction ». Ce dernier terme qui figure dans la rédaction de l'article 379 de notre Code Pénal a aujourd'hui un sens trop précis, un sens exclusif de l'idée de remise volontaire. La *contractatio* est une notion plus large recouvrant tout maniement frauduleux de la chose d'autrui.

Ce n'est pas que la différence caractéristique entre l'abus de confiance et le vol ait échappé aux jurisconsultes romains : « *inficiando depositum, disent-ils, nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa inficiatio, licet prope furtum est* (L. 57, princ. D. de furtis XLVII, II) ». Mais ils n'avaient pas cru devoir en tenir compte.

C'est ainsi que de nombreux textes, visant des faits délictueux les plus divers, les considèrent comme des variétés du *furtum*. Quelques-uns se rapportent plus spécialement à notre matière.

« *Si tibi centum dederō ut ea Titio dares, tuque non dederis sed consumpseris et mandati et furti teneri te, Proculus ait* » (L. 22 § 7. D. mandati XVII. I. 52).

De même : « *Julianus libero 22 Digestorum scripsit si pecuniam quis a me acceperit ut creditori meo solvat, deinde eum tantam pecuniam eidem creditori deberet suo nomine solverit : furtum eum facere* ». (L. 52 § 16. D. II Furtis XLVII. II).

C'est le détournement d'un objet confié en vertu du contrat de mandat.

Le *contractatio* comprenait non seulement des actes frauduleux qui sont à l'heure actuelle des délits distincts,

mais encore des actes malhonnêtes qui ne tomberaient plus aujourd'hui sous le coup des lois pénales ; ainsi le *furtum usus* (V. Gaius III, 193 et 197). L'usage abusif dans la conception actuelle de l'abus de confiance, qui n'a fait que suivre sur ce point notre ancienne jurisprudence (1), ne constitue plus un délit : on considère que cet usage ne dépouille pas le propriétaire, qu'il n'implique pas la volonté du possesseur de transformer sa possession précaire en *possessio civilis*. L'abus de jouissance, comme le simple retard à payer ne peut plus entraîner qu'une réparation civile (2).

Quand il s'agissait d'une violation de contrat par détournement de la chose, il y avait *furtum nec manifestum* puni d'une composition pécuniaire s'élevant au double de l'intérêt qu'avait le « *verus dominus* » à ne pas être dépouillé. Quand le précariste infidèle était trouvé nanti de l'objet, sa situation était assimilée à celle du voleur pris sur le fait, et il devait verser à la victime une somme évaluée au quadruple du préjudice causé, sans préjudice de l'action en restitution qui, suivant les hypothèses, pouvait être la *condictio*, la *reivindicatio* ou l'*actio ad exhibendum*.

Ces règles romaines d'incrimination et de répression se maintinrent, sur le territoire de la France, jusqu'au XV^e siècle environ, concurremment, dans quelques régions, avec les lois d'origine germanique.

La largeur de la définition du *furtum* correspondait d'ailleurs au nombre considérable de délits assez dissemblables que prévoyait la loi salique, telle que nous la retrouvons après la refonte qui en fut faite sous Charlemagne. La loi salique renfermait alors un titre, « *De furtis diversis* », où nous trouvons réunis le fait de labourer le champ d'autrui, d'interdire à un homme conduisant une charrue l'entrée d'un champ, de conclure une affaire avec l'esclave d'autrui

(1) Jousse, Traité de la justice crim. en France, part. IV, titre LVII, art. III, par. 2, 25 et suiv.

(2) Cass. 2 février 1893 (B. 26) ; 21 oct. 1897 (B. 324) ; 8 mai 1919 (Gaz. Trib. 4 nov. 1919).

sans le consentement du maître de ce dernier, ainsi que l'incendie du bois d'autrui et le bris de clôture.

La sanction de ces différentes infractions se rapprochait singulièrement de la condamnation « in duplum » des romains. Le Werghela, mode de répression pratiquée d'une manière très générale dans les tribus germanes, était également une sorte de composition pécuniaire débattue arbitrairement entre l'auteur et la victime du délit.

En même temps que la tradition romaine allait s'affaiblissant de façon continue, il se produisait une transformation géographique et sociale considérable. Le pouvoir central perdait son ascendant et les grands fiefs cherchaient l'autonomie. Cela n'était pas moins vrai du point de vue juridique que du point de vue politique. Au Nord, l'élément germanique devenait prédominant ; au Midi, l'élément gallo-romain. De là, plus tard, au Midi les pays de droit écrit, et au Nord les pays de coutumes (1).

La multiplicité des coutumes et leur imprécision rendent très difficile une classification des délits et une étude d'ensemble du système pénal alors en vigueur.

Il faut arriver au XVIII^e siècle pour rencontrer dans les écrits des criminalistes une définition du vol et des délits connexes.

« On entend par vol, nous dit Jousse (2), toute soustraction et enlèvement frauduleux du bien d'autrui dans le dessein de se l'approprier, et de s'en servir sans le consentement de celui à qui il appartient ».

Mais Jousse (1771) n'avait pu encore se libérer entièrement de la tradition romaine, et il estime que se rend coupable de vol « celui chez qui on a mis des bestiaux à cheptel à la charge de les nourrir et de donner le croît au propriétaire ou maître de ces bestiaux, ou leur croît » et encore : « Celui qui, étant chargé d'une somme d'argent qui lui a été donnée pour aller payer un créancier, retient frauduleusement cette somme et l'applique à son profit.

(1) Voir Berthauld, cours de droit pénal, page 53.

(2) Traité de la Just. Crim. en France, part. 4, Titre LVII, art. I.

A ce point de vue, Jousse ne laisse pas d'être en retard sur Claude Serre, qui, en 1753, avait déjà aperçu les différences à établir entre le vol proprement dit et le détournement d'un objet confié : « Suivant l'empereur Justinien, écrit-il, il y a vol non seulement quand on prend ou qu'on emporte, mais quand on se sert de la chose d'autrui contre sa volonté ; mais en France (1), nous n'admettons point d'autre larcin que celui qui se fait de la chose même pour se l'approprier : car dans les autres cas, soit du dépôt, du gage ou du commodat, dont on aurait abusé, on ne doit se pourvoir que par la voie civile pour ses dommages et intérêts, si on en a souffert, ou si la chose a été détériorée » (2).

Muyart de Vouglans également (3) nous laisse entrevoir une notion de l'abus de confiance distincte du vol quant à la peine. « Le vol ne se commet pas seulement par la soustraction, mais encore par l'abus que l'on fait de la chose d'autrui. La loi en donne pour exemples : le dépositaire qui se servirait de la chose déposée entre ses mains, le créancier gagiste qui se servirait du gage à lui donné par le débiteur. Mais les vols de cette espèce sont distingués des précédents quant à la peine ».

La répression doit être moins sévère, en effet, car le degré de perversion n'est pas le même chez l'individu qui soustrait la chose d'autrui par ruse ou par violence à l'insu et contre le gré du propriétaire, et chez celui qui s'est laissé tenter par l'occasion qui lui était offerte de détourner l'objet qui se trouve légitimement entre ses mains. Cette fraude révèle plus de faiblesse que de véritable immoralité, elle n'ébranle pas l'ordre public, elle n'apporte de troubles que dans les relations privées. Cette pensée qu'il y a eu faute, négligence de la part de la victime, domine l'application de la peine depuis le XVIII^e siècle et fera que l'abus de

(1) « En France » signifie « dans le nord de la France ». Les explications de Serre ne s'appliquent pas en effet aux pays de droit écrit que continuait à régir le droit romain.

(2) *Institutes de droit français*, livre II, titre 1^{er} § 6. Du Rousseau de Lacombe : *Traité des matières criminelles*, 1^{re} part. C. 2, N^o 7.

(3) *Lois criminelles*, p. 280 n^o 6.

confiance, dans le code pénal de 1791, sera puni de peines inférieures à celles de la soustraction frauduleuse.

L'article 29 de ce code s'exprimait ainsi : « Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit ou dissipé méchamment et à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit d'une manière quelconque les effets, marchandises, deniers, titres de propriété écrits ou actes emportant obligation ou décharge ou toutes autres propriétés mobilières qui lui avaient été confiées gratuitement à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la dégradation civique ».

La loi du 25 frimaire an VIII intervint pour atténuer cette dernière peine et faire descendre de la classe des crimes à celle des délits la nouvelle infraction d'abus de dépôt.

Les éléments du détournement sont maintenant bien déterminés. Mais on ne peut encore parler d'abus de confiance. Ce terme se trouve pour la première fois dans le code pénal de 1810.

Un nouveau remaniement du code de 1791 s'était en effet imposé, à la fois pour abaisser la durée de la peine et pour ajouter au texte un second cas de détournement.

La durée de l'emprisonnement, qui était, depuis la loi de frimaire an VIII, d'une année à quatre ans, est réduite à « deux mois au moins et deux ans au plus ». En revanche, le prévenu encoure désormais une amende « qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts qui seront dûs aux parties lésées, ni être moindres de vingt-cinq francs ».

Mais l'innovation importante, et qui marque un progrès réel, est l'extension du délit au cas de détournement des objets « remis pour un travail salarié à la charge d'en faire un usage ou un emploi déterminé ».

Cette extension des cas de détournement ne sera pas la seule. Nous verrons que le législateur a dû, coup sur coup, ajouter de nouveaux contrats à l'énumération du code de 1810, et la liste actuelle en est toujours insuffisante. Le juge se trouverait, encore aujourd'hui, trop souvent dé-

sarmé devant des individus dont les agissements méritent cependant une répression énergique, s'il ne prenait sur lui d'interpréter très largement l'article 408 du Code Pénal, au risque de méconnaître parfois le grand principe qui domine notre droit pénal moderne : « Nulla pœna sine lege ».

Dès le début du XIX^e siècle, les tribunaux s'aperçoivent du danger que présente l'insuffisance de la réforme opérée en 1810. L'abus de confiance et le vol sont désormais nettement définis, chacun de ces délits a son domaine propre. Il est devenu impossible d'atteindre les détournements commis par les mandataires, les locataires, ou les personnes chargées d'un travail non salarié. Ceux-ci échappent à toute répression pénale. Ni l'article 408, ni l'article 379 ne permettent de les poursuivre devant les juridictions correctionnelles.

Il suffit d'examiner quelques-uns des arrêts qui furent rendus à cette époque, pour trouver la preuve de l'insuffisance de la loi et de l'embarras du juge.

En matière de mandat, par exemple, un jugement du tribunal correctionnel de Paris, en date du 14 décembre 1813, déclare « coupable du délit prévu par l'article 408 du Code Pénal » le sieur Delacourt, à qui avait été endossées deux lettres de change de 5.000 francs chacune pour en faire la négociation et l'escompte, et qui prétendait les avoir perdues au jeu. Delacourt fait appel et soutient, pour sa défense, qu'étant mandataire, il ne peut être traduit que devant la juridiction civile ; mais la Cour confirme le jugement considérant « qu'il résulte de l'instruction des débats et de l'aveu même dudit Delacourt, qu'il n'a fourni aucune valeur (en contre-partie des traites), et qu'il n'en était que dépositaire à l'effet d'en faire la négociation, et d'en remettre le produit ». Un pourvoi soumet l'affaire à la Cour de Cassation, qui décide (1) :

« Vu l'article 1915 du Code Civil et l'article 408 du Code Pénal,

« Et attendu, en premier lieu, que les traites qui ont fait

(1) S. 1814-1-149.

l'objet de la plainte avaient été remises à Delacourt pour les négocier, tandis que, s'il en avait été dépositaire, il aurait dû les garder et les tenir à la disposition du plaignant ».

Ainsi donc, la Cour suprême estime qu'en appliquant à Delacourt, comme dépositaire proprement dit, la disposition pénale de l'article 408, la Cour de Paris a contrevenu aux dispositions de l'article 1915 du Code Civil. Il était incontestable, en effet, que Delacourt était chargé de négocier des traites, et non pas de les garder pour le compte de Lemarcel.

Est-ce à dire qu'il doit nécessairement échapper à l'action pénale ? Ne pourrait-il pas être considéré comme un travailleur soumis à la nécessité de rendre ? C'est sans doute le sentiment des conseillers de Cassation, car l'arrêt poursuit :

« Attendu, en second lieu, que l'article 408 comprend ceux qui détournent ou dissipent les objets qui leur ont été remis par un travail salarié, à charge de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé ; et que, par ce fait, ils deviennent passibles des peines prononcées par cet article ; mais qu'il n'a pas été reconnu, par l'arrêt attaqué, que ce fut moyennant un salaire convenu que Delacourt eut été chargé de la négociation des effets dont il s'agit ».

Ce second attendu est extrêmement intéressant. Il montre que les magistrats n'hésitent déjà plus, quatre ans après la promulgation du Code, à faire œuvre prétorienne et à étendre l'application de l'article 408 aux mandataires infidèles, dès que ceux-ci ont reçu, en échange de leurs services, une rémunération quelconque (1). C'est évidemment contraire aux principes mêmes d'interprétation restrictive du droit pénal : le travail salarié n'a pas la même nature que le mandat, celui-ci serait-il assorti d'une stipulation de salaire.

Ces différences avaient été aperçues par certaines

(1) Bordeaux 21 juillet 1830 (collection chronologique du journal du Palais).

Cours et certains tribunaux (1). Mais la nécessité d'éviter des acquittements scandaleux passa avant le souci de respecter la pure logique juridique et la Cour de Cassation se refusa à admettre la thèse restrictive (2). Pour elle, les termes « à la charge de les rendre ou de les représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé » devaient être entendus comme indépendants de la phrase incidente antérieure « à titre de dépôt ou pour un travail salarié » : les mandataires salariés devaient être poursuivis au même titre que les ouvriers salariés.

On alla même plus loin.

Après avoir appliqué aux mandataires salariés les pénalités de l'article 406 C. P., la jurisprudence chercha à atteindre les mandataires bénévoles, en les faisant tomber sous le coup des sanctions, plus sévères encore, de l'article 401 C. P. Elle aboutissait ainsi à un résultat paradoxal et formellement opposé aux principes consacrés par le législateur dans l'article 1992 du Code Civil, où il est déclaré que la responsabilité, quant aux fautes commises par le mandataire, doit être appliquée moins rigoureusement quand le mandat est gratuit que lorsqu'il est salarié. Voici une espèce significative de cette tendance qu'ont alors les tribunaux à en revenir à la notion romaine du *furtum* (3). Une pièce d'or avait été confiée par Nogaret à Noiret, à l'effet d'aller la changer chez un voisin. Noiret ne rapporta pas la monnaie, qu'il s'appropriâ. Traduit, à raison de ce détournement, devant le tribunal de Reims, il y fut condamné comme coupable de vol. Appel fut interjeté pour fausse application de la loi pénale, mais la Cour de Paris, par arrêt en date du 3 juin 1829, « considérant que l'article

(1) C'est ainsi que nous pouvons lire dans un arrêt de la Cour Impériale de Caen (S. 1814. I. 18.) : « Attendu que les expressions travail salarié, qui se trouvent dans l'article 408 du nouveau Code pénal, ne doivent s'entendre que de la soustraction de marchandises, ou toutes autres choses susceptibles d'être ouvragées ou perfectionnées, et ne peuvent s'appliquer à une gestion d'affaires proprement dite ».

(2) Baudrier, 24 février 1924 (journal Palais, 1814, Page 119) ; Vislin, 12 mai 1814 (S. 1814. I. 156) ; Lemoine, 18 nov. 1813 (S. 1814. I. 152).

(3) S. 1829. II. 324.

401 du Code Pénal, par la généralité des termes dans lesquels il est conçu, a prévu les soustractions frauduleuses de toute nature, autres que celles spécifiées dans les autres articles du Code, et que le fait imputé à Noiret constitue un des vols prévus par ledit article 401 ; a mis l'appellation à néant ».

La notion de soustraction frauduleuse et celle de détournement ne sont donc pas encore nettement dégagées. Nous en trouvons la preuve dans les nombreux arrêts rendus à cette époque.

Le 15 décembre 1826 (1) la Chambre Criminelle casse un arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour royale de Paris, qui avait renvoyé en police correctionnelle, en vertu de l'article 408, un commis voyageur coupable d'avoir diverti, au préjudice de son patron, une somme de 9.000 fr., produit de la vente de marchandises à lui confiées « considérant que ce fait constitue le crime de vol prévu par l'article 386 § 3 du Code Pénal ». Le 17 juillet 1829, la Chambre criminelle casse, pour le même motif, un arrêt de la Chambre d'accusation de Colmar, considérant « qu'un serviteur représente le maître dans tout ce qui est relatif au genre de service auquel il l'emploie ; que les deniers confiés aux mains du serviteur sont réputés dans les mains et dans la possession du maître ; que ceux que l'on verse dans les mains du serviteur sont réputés à l'instant même dans les mains du maître et lui sont immédiatement acquis ; que le serviteur ne peut se les approprier et en frustrer son maître, sans le priver, par là, de cette possession, et, conséquemment, sans les soustraire à son préjudice » (2).

Le législateur de 1810 n'avait pourtant pas entendu, en limitant les hypothèses de l'abus de confiance au dépôt et au travail salarié, laisser dans la classe des vols les détournements imputables à ceux auxquels la remise de la chose d'autrui, à charge de restitution, avait été faite en vertu de tout autre contrat. La définition même du vol telle qu'elle

(1) S. 1829, I, 69.

(2) S. 1829, I, 371. — Voir également en ce sens Cr. 25 juin 1813.

était donnée dans l'article 379 du Code Pénal mettait fin, de façon formelle, aux errements et aux incertitudes de l'ancienne jurisprudence.

Cela avait sans doute été un progrès que d'étendre au travail salarié une disposition qui n'avait été faite primitivement que pour le dépôt. Mais cette extension ne permettait nullement de considérer comme des soustractions frauduleuses les détournements commis par les locataires ou les mandataires infidèles. La criminalité de ceux-ci n'est-elle pas la même que celle des ouvriers et des dépositaires ? Et là où le devoir est le même, la sanction ne doit-elle pas être la même aussi ?

Pour couper court aux pratiques jurisprudentielles qui tendaient à s'affirmer, et pour combler les lacunes de la loi de 1810, la loi du 28 avril 1832 étendit les dispositions de l'article 408 à trois cas nouveaux, ceux où les effets détournés auraient été remis à titre de louage, de mandat ou pour un travail non salarié.

En même temps, prévoyant le cas où ces infractions seraient commises par des domestiques, hommes de service à gages, élèves, clercs, commis, ouvriers, compagnons ou apprentis, elle édicta une aggravation de peine.

En faisant de la dissipation d'une chose confiée à titre de mandat un troisième cas d'abus de confiance, le nouvel article mettait fin à la confusion regrettable que la jurisprudence avait été amenée à établir entre le mandat salarié, qui n'est qu'une gestion d'affaires, et le louage d'ouvrage, qui suppose la remise d'une chose corporelle susceptible d'être travaillée.

De plus, il ne faisait plus dépendre la criminalité du mandataire infidèle d'une stipulation de salaire, qu'il a même été jusqu'à supprimer les éléments de l'abus de confiance en matière de louage d'ouvrage.

Cette extension de l'article 408 du Code Pénal au contrat de mandat a permis, lors de la révision de 1838, de supprimer le paragraphe 5 de l'ancien article 593 du Code de Commerce, qui déclarait banqueroutier frauduleux le failli qui détournait à son profit les valeurs qu'un tiers lui aurait

confiées a titre de mandat. Un tel détournement, lorsqu'il n'est pas commis au préjudice de la masse, mais seulement du mandant, ne constitue donc plus aujourd'hui qu'un simple abus de confiance.

Est-ce à dire que la réforme du 28 avril 1832 ait donné complète satisfaction aux criminalistes ? Ceux-ci s'aperçurent rapidement que toutes les lacunes n'avaient pas été comblées ; et malgré l'adjonction, en 1863, des contrats de gage, de nantissement et de prêt à usage, nous verrons que, encore aujourd'hui, les tribunaux hésitent à appliquer les sanctions de l'article 408 C. P. à certains possesseurs précaires qui détiennent en vertu de contrats présentant sans doute des rapports d'analogie avec ceux limitativement prévus à cet article, mais qui ne sauraient cependant se confondre avec eux.

La liste de contrats fiduciaires a beau s'être allongée. Elle est restée incomplète.

La Cour de Cassation exige que les juges du fait spécifient, dans leurs décisions, le contrat en exécution duquel ont été confiés les objets dissipés ; en face d'actes qui se multiplient et se diversifient tous les jours, les magistrats restent encore trop souvent désarmés.

Après avoir, à ce point de vue, étudié la jurisprudence en son état actuel, nous aurons à nous demander s'il ne convient pas, à l'exemple de la plupart des législations étrangères récentes, d'étendre plus largement la notion de l'abus de confiance.

Le Mandat

Définition

Dans sa conception juridique logique, l'abus de confiance devrait être réalisé toutes les fois qu'un détenteur intervertit sa possession précaire en une possession *animo domini*.

Ce que la loi a voulu réprimer, c'est la violation du droit de propriété de la chose confiée.

Malheureusement, le législateur n'a pas employé une formule générale, embrassant tous les cas dans lesquels le détournement s'applique à une chose remise en vertu d'un titre, quel qu'il soit, emportant obligation de restituer. Il s'est contenté de procéder par à-coups et au moyen de réformes successives et partielles, au fur et à mesure que le besoin s'en faisait plus vivement sentir.

Seuls, aujourd'hui encore, ne peuvent être poursuivis que certains précaristes, ceux qui détiennent en vertu des contrats limitativement énumérés dans l'article 408 du Code Pénal.

Parmi ces contrats, le mandat est assurément le plus important, ainsi que celui qui a soulevé les plus nombreuses difficultés.

L'article 1984 du Code Civil définit le mandat ou procuration, l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant ou en son nom.

Cette définition prête à la critique. D'abord parce qu'elle se rapporte à l'acte, à la procuration et non au contrat de mandat. Ensuite parce qu'elle laisse dans l'ombre le caractère véritable de ce contrat.

Le contrat de mandat est-il essentiellement la représentation du mandant par le mandataire, de telle façon que les actes accomplis par ce dernier se réalisent directement dans la personne du mandant ? (En ce sens : Aubry à Rau (1), Laurent (2), Guillouard, Baudry Lacantinerie (3), Planiol. Ces auteurs s'appuient notamment sur les termes mêmes de l'article 1984, lesquels supposent que le mandataire agit « au nom du mandant »).

Il semble bien, cependant, que devant le contrat de commission, on se trouve en présence d'un véritable mandat, alors que le commissionnaire s'engage personnellement. On a prétendu (4), il est vrai, que le Code Civil ne s'occupait pas des matières commerciales, et que la définition de l'article 1984 C. C. ne pouvait s'appliquer au contrat de commission. Si c'est, en effet, surtout en droit commercial que le mandataire agit en son nom, rien n'empêche pourtant les parties de convenir qu'il en sera de même en matière civile.

Ainsi, dans la vente avec déclaration de command, l'acheteur primitif n'est qu'un mandataire, dont le mandat consiste à acheter « en son nom » pour le compte du mandant.

De même, si l'on ne veut pas contracter directement avec une personne, on peut en charger un tiers, que l'on qualifie de prête-nom, et qui est un véritable mandataire obligé de transférer le bénéfice de l'opération.

Prétendre que le mandataire représente nécessairement son mandant, et ne peut agir qu'au nom de ce dernier, serait d'ailleurs contraire à la tradition.

(1) Aubry et Rau, t. 4. n° 410.

(2) Laurent, t. 27 n° 334.

(3) Baudry Lacantinerie, n° 343.

(4) Laurent, t. 27 n° 332 ; et Pont, t. 1 n° 798 et 823.

En Droit Romain, alors même que la jurisprudence eut cessé d'exiger la présence matérielle de la personne intéressée pour acquérir, former une obligation ou agir en justice, le mandataire parlait en son nom, c'était lui qui s'engageait personnellement envers les tiers, et c'était envers lui que les tiers étaient liés. L'opération terminée, il se faisait entre le mandant et le mandataire un règlement de compte sanctionné par les actions mandati.

Ce sont ces idées qui guidèrent Pothier (1) lorsqu'il a défini le mandat « un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou plusieurs affaires pour les faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige à lui en rendre compte ».

D'autres civilistes pensent également que le mandat consiste essentiellement dans la mission donnée par une partie à l'autre de faire, à sa place, un ou plusieurs actes juridiques, sans que ce pouvoir implique une idée de représentation (Troplong, art. 1984, n° 8 ; Domenget, T. I. n° 1 et suiv. ; Demante et Colmet de Santerre, T. 8 n° 201 bis.).

M. Garçon, dans son Code Pénal annoté, prend parti, de son côté, pour cette seconde opinion. En prévoyant le détournement des choses confiées à titre de mandat, puis le détournement de choses remises pour un travail salarié ou non, l'article 408 du Code Pénal, dit-il, suppose implicitement que le mandataire s'est engagé à accomplir un acte juridique pour autrui.

Les mots « pour un travail salarié ou non salarié » visent au contraire le cas où l'auteur de la dissipation s'est engagé à accomplir pour autrui un travail purement matériel ou un service qui ne constitue pas un acte juridique (2).

On pourrait d'ailleurs soutenir également que si le Code Pénal comporte une distinction, c'est pour cette autre raison qu'il existe entre les deux contrats une différence

(1) Pothier, du contrat de mandat, n° 1.

(2) Garçon art. 408 n° 379.

essentielle : le locateur d'ouvrage rend des services en dehors de toute idée de représentation, le mandataire au contraire se voit appliquer l'article 408 C. P. parce qu'il engage, à l'égard des tiers, la responsabilité du mandant.

Quoiqu'il en soit de cette controverse, le mot mandat a certainement dans l'article 408 C. P. le même sens qu'en droit civil, et les juges correctionnels ont à tenir compte des règles posées dans les articles 1984 et suiv. du Code Civil.

C'est ainsi que l'existence du contrat de mandat devra être prouvée selon les modes exigés en matière civile. Un écrit sera exigé lorsque la valeur du contrat dépassera 500 francs.

Le mandant devra rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci aura faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il lui en aura été promis (article 1999, C. civ.). Sinon, le mandataire pourra lui opposer l'exception de compte à faire, et il échappera à toute action répressive au cas où le reliquat de son compte aurait été reconnu créancier.

Certains agents d'affaires invoquent fréquemment cette exception de compte à faire pour se dispenser de restituer des fonds qu'ils ne détiennent qu'en vertu du mandat qui leur a été confié. Ils prétendent compenser leur dette de mandataires avec le salaire qu'ils réclament. Mais le mandat étant un contrat gratuit de sa nature (art. 1986, C. Civ.), les tribunaux se sont toujours réservé le droit de réduire le salaire stipulé quand il est reconnu hors de proportion avec les services rendus. Les mandataires prévenus d'abus de confiance auront à établir que la créance invoquée contre le mandant est légitime (1).

Le mandataire est autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat (art. 1994, C. Civ.). C'est ainsi que l'article 408 C. P. a été appliqué à un individu chargé par une tutrice de gérer et d'administrer des valeurs appartenant

(1) Voir notamment Cr. 19 avril 1861 (B. 85) ; 31 oct. 1895 (B. 266) ; 8 juin 1849 (D. 49, 1. 180).

à des mineurs (1), et à un mandataire substitué qui tenait ses pouvoirs d'un simple gérant d'affaires (2).

Le gérant d'affaires est en effet tenu de toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire (art. 1372 C. civ.). Il doit être assimilé au mandataire quant à la responsabilité civile et pénale de ses détournements (3).

En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent (art. 2010, C. civ.). S'ils détournent de la masse successorale les biens que le de cujus ne détenait qu'à titre précaire, ils se rendent coupables d'abus de confiance (4).

En cas de mort du mandant, le mandat finit (art. 2003, C. civ.). Mais la jurisprudence civile admet assez facilement des exceptions à cette règle, et si, en droit, le mandataire devait être considéré comme resté temporairement en fonction, ses détournements tomberaient encore sous le coup de l'article 408 C. P. (5).

(1) Cass., 21 nov. 1879 (S. 80. 1. 486).

(2) Orléans, 23 mars 1847, Chollet (D. 47. 4. 327). Voir également Cass., 13 juin 1845 (S. 45. 1. 597) (D. 45. 1. 371) et Cass., 20 mai 1887 (B. 201).

(3) Vienne, 9 mars 1894 (S. et P. 95. 1. 112, note Sarrut) ; Cr. 15 avril 1899 (B. 85) ; Loches, 19 fév. 1910 (D. 1913. 2. 319). Contra Paris, 17 nov. 1916 (D. 1920. 2. 119).

(4) Grenoble, 30 juin 1894, Cr. 3 janvier 1895, Bret (D. 95. 1. 401) et Cr. 12 janv. 1866, Daguzan (S. 66. 1. 82).

(5) Cass. 16 mai 1908, Brille (B. 202).

Tutelle

L'article 408 du Code Pénal s'étend d'ailleurs à toutes les espèces de mandats, et il n'y a pas lieu de distinguer selon qu'ils sont conventionnels ou légaux, exprès ou tacites.

Le texte de cet article semble restreindre la possibilité d'abus de confiance aux possesseurs « *ex contractu* ». Mais en parlant de remise à titre de mandat, la loi n'a certainement pas entendu limiter au contrat de ce nom le titre de la remise, et elle doit s'appliquer à tous les gérants du bien d'autrui désignés par la loi ou par la justice, tels que les tuteurs, administrateurs, etc.

M. Planiol, dans une note parue à la *Revue Critique*, 1893, page 660, se demande « s'il est logique, s'il est juste, au point de vue législatif, de faire rentrer dans le droit commun les abus de confiance commis par les tuteurs et autres administrateurs légaux ou judiciaires du bien d'autrui. Pourquoi la loi considère-t-elle l'abus de confiance comme un délit de moindre gravité que le vol ? C'est que la victime a peut-être agi à la légère ; elle a mal choisi son homme de confiance ; elle n'a pas pris assez de précaution ». Or cette négligence ne peut être imputée à la victime qui n'a pu choisir elle-même son représentant. Celui-ci manque à une mission que la loi ou la justice lui a confiée et l'abus de confiance commis par lui mériterait de devenir, à raison de sa qualité, un abus de confiance qualifié, comme celui des domestiques et des officiers publics ou ministériels.

Le tuteur, qui a dissipé des valeurs appartenant à son pupille, se rend donc coupable d'abus de confiance.

C'est ce qu'il a été jugé, une première fois, par la Cour de Cassation, le 10 août 1850 (1) : un sieur Poupert avait accepté la tutelle de sa nièce, à une époque où il se savait

(1) S. 50. 4. 695. D. 50. 4. 250.

dans la nécessité imminente de liquider son commerce, Son premier acte d'administration fut d'exiger le remboursement de sommes qui n'étaient pas en péril et qu'il employa à des jeux de bourse. Lorsque, trois ans plus tard, il rendit le compte de tutelle à un nouveau tuteur, ce compte présentait à sa charge un reliquat de 50.000 francs qu'il ne put solder.

Poursuivi par le nouveau tuteur, Poupert fut condamné, par arrêt de la Cour de Lyon en date du 20 juin 1850, à deux années d'emprisonnement pour abus de confiance, car si « au point de vue du droit, la tutelle est une fonction en ce qui concerne la personne du mineur, elle est en même temps un mandat en ce qui touche l'administration de ses biens, mandat tombant sous l'application de la loi pénale, quand il a été rempli avec dol et fraude ».

Le sieur Poupert se pourvut en Cassation et son avocat, maître Lanvin, soutint qu'en thèse générale la violation d'un contrat n'est qu'une fraude civile. L'article 408 C. P., qui érige cette fraude en délit quand la violation porte sur certains contrats, doit être restreint, dans son application, aux seuls cas qu'il énonce formellement. Le texte prévoit la fraude dans le contrat de mandat, il ne la prévoit pas dans celui de tutelle. Il suffit de se reporter au Code Civil, pour reconnaître que le contrat de tutelle naît, s'exécute et finit autrement que le contrat de mandat. Il y a bien, entre ces deux contrats et sous certains rapports, une sorte d'affinité ; mais cette affinité est absorbée par de nombreuses et notables différences, qui répugnent à l'assimilation, surtout au point de vue des conséquences pénales de la fraude.

A cette argumentation, maître Cuenot, au nom du nouveau tuteur, répondit que si la tutelle n'était pas en tous points semblable au mandat, tel qu'il est défini par l'article 1984 du Code Civil, la question était de savoir si les différences signalées étaient de nature à ôter à la tutelle le caractère de mandat que lui ont reconnu tous les commentateurs, entre autres, Domat et Toullier.

L'essence du mandat, c'est la charge de faire quelque

chose aux lieu et place de quelqu'un ; or, ce caractère essentiel se trouve parfaitement dans la tutelle. Peu importe que la tutelle ne soit pas un contrat, en ce sens qu'il n'y a pas le concours de deux volontés ; peu importe que ce soit la société qui, par l'organe de la loi, ait imposé au tuteur l'obligation d'administrer ; pour savoir s'il y a mandat, il suffit de savoir si cette charge d'administrer existe.

C'est à cette dernière opinion que s'est arrêtée la Chambre criminelle en décidant « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du Code Civil concernant la tutelle que le tuteur administre les biens du mineur à titre de mandat, puisqu'il est responsable du préjudice que ces actes peuvent lui causer, et tenu non seulement de faire un emploi utile de l'excédent des revenus sur la dépense, mais de rendre compte, à la fin de sa gestion, de tous les fonds dont il a eu le maniement pendant la durée de celle-ci ».

Il n'y a d'ailleurs pas lieu d'attendre la fin de la tutelle pour exercer les poursuites. Le délit est consommé dès que le tuteur est mis en demeure de rendre compte par le conseil de famille, et qu'il ne peut justifier qu'il a les fonds du pupille entre les mains, ou qu'il en a fait un emploi régulier (1).

Il convient toutefois de se souvenir que l'impunité de l'article 380 du Code Pénal s'applique à l'abus de confiance. C'est ainsi qu'une mère, tutrice légale, dut être relaxée, bien qu'ayant, de complicité avec son fils, dissimulé, au préjudice de ses autres enfants, une somme de plus de 40.000 francs, qui faisait partie de la succession de son mari et dont elle avait, à plusieurs reprises, nié l'existence. Seul, le fils pouvait être poursuivi, il s'était rendu coupable de recel (2).

Les mêmes solutions doivent naturellement s'appliquer au détournement commis par le père administrateur légal au préjudice de ses enfants mineurs, par la femme tutrice

(1) Cass. 3 fév. 1870 (B. 32. 5. 72. 1. 151 — P. 72. 332 — 1). 71. 1. 269.

(2) Cass. 28 avril 1866 — Lombart (B. 125 — 3. 67. 1. 46 — D. 66. 1. 356).

au préjudice de son mari interdit, ou par le mari administrateur des biens propres de sa femme au préjudice de celle-ci (1).

(1) Cpr. Cass. 13 août 1869 (D. P. 70. 1. 92) et Cass. 23 juin 1837 rep. Daloz Vol. n° 177).

Assurances Sociales

Le patron, tenu d'opérer sur le salaire de son personnel les retenues prévues par la loi sur les assurances sociales, est-il, lui aussi, investi d'un mandat légal ? L'ouvrier n'est-il pas tout comme le pupille, un incapable qu'il faut protéger, et le patron, chargé par la loi du 5 avril 1928 d'obligations particulièrement lourdes, n'apparaît-il pas comme son représentant légal ?

La majorité des Cours d'Appel et des tribunaux l'avaient admis (1), mais un arrêt de Cassation du 3 mars 1934 s'est prononcé en sens contraire. La Chambre Criminelle, sur conclusions conformes de M. l'avocat général Caous, a estimé que l'employeur n'a été investi d'aucun mandat conventionnel ou légal du salarié, de l'Etat ou des caisses d'assurances ; qu'il devient seulement « débiteur des organismes institués par la loi de la cotisation de son ouvrier, au même titre qu'il l'est de la sienne propre, sous les sanctions, pour l'une et pour l'autre, de l'article 64 de la loi du 5 avril 1928 ».

Comme le fait très justement remarquer M. H. Donne-dieu de Vabres, dans une substantielle note parue sous l'arrêt précité, la Cour de Cassation nous fait connaître un résultat : l'obligation dont le patron est tenu envers les caisses. Mais, de cette obligation, elle ne précise pas le fondement juridique. Pour M. Caous, ce fondement juridique se trouverait dans la cession de dettes ; pour d'autres auteurs (2), dans la stipulation pour autrui. Il est certain que les sanctions de l'article 408 ne doivent s'appliquer que s'il y a violation de l'un des contrats énumérés

(1) Lyon 24 mars 1932 et Douai 2 fév. 1933 (D. 1933. 2. 9. note A. Henry), Amiens 27 avril 1933 (D. H. 1933. 371) — Besançon 11 oct. 1933 (Gaz. Pal. 1934. 1. 503) — Rennes 6 mars 1934 (Semaine juridique 1934, 323). Contra. Toulouse 17 nov. 1932 (D. H. 1933. 93).

(2) A. Besson D. H. 1932 Chronique p. 86 — Rennes 17 oct. 1932 (D. H. 1932. 539).

limitativement par ce texte. Or, n'y figure ni la cession des dettes, ni la stipulation pour autrui.

Il faudrait, pour poursuivre le patron en abus de confiance, considérer que l'obligation qu'il a de verser les cotisations ouvrières trouve sa base dans le contrat de mandat.

Que faut-il penser de ces différents points de vue ?

Peut-on rapprocher le régime des assurances sociales et celui des contrats d'assurances ordinaires, assurance-accidents par exemple ? L'immatriculation du salarié représenterait la signature du contrat ; par l'effet de cette immatriculation, le salarié serait dans la situation du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et la caisse dans la situation du promettant. Il s'établirait deux rapports de droit : d'une part, entre l'employeur débiteur de la caisse et la caisse créancière des versements ; d'autre part, entre la caisse débitrice et l'assuré créancier des prestations d'assurance en cas de réalisation du risque.

Cette explication est ingénieuse, mais elle ne rend pas compte du lien de droit qui unit le patron (prétendu stipulant) d'une part à ses employés et d'autre part à l'Etat. C'est en effet de l'Etat et non des caisses d'assurances que l'employeur est débiteur (le produit de la vente des timbres est versé à la caisse des Dépôts et Consignations, et c'est à la requête de la Caisse Générale de garantie, dépendant du ministre du Travail, qu'est mis en mouvement le mécanisme répressif tendant au recouvrement des cotisations arriérées).

L'assimilation est d'ailleurs impossible. En effet, dans la stipulation pour autrui, le stipulant choisit lui-même le promettant : or, c'est au salarié que la loi du 5 avril 1928 donne le choix de la caisse.

Le stipulant devrait pouvoir discuter avec le promettant les conditions du contrat : en matière d'assurances sociales, les conditions du versement des cotisations sont déterminées à l'avance par la loi, les caisses ne sont pas maîtresses de leurs tarifs, ce ne sont pas des entreprises

lucratives : si elles réalisent des bénéfices, elles doivent les employer en œuvres sociales.

Vaut-il mieux admettre, avec la Cour de Toulouse (17 nov. 1932 D. H. 1933 — 93), que le patron, en prélevant sur le salaire de ses ouvriers le montant de leurs cotisations, s'est mué en « collecteur bénévole d'impôt » ? (1). N'y aurait-il pas, dans le précompte, un mécanisme analogue à celui de la perception de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, impôt qui est, on le sait, prélevé par la société émettrice elle-même sur le montant des dividendes distribué aux actionnaires ? Raisonner ainsi serait oublier les termes mêmes de la loi, qui subordonne l'octroi des prestations au versement intégral des cotisations (2). « Pour avoir droit ou ouvrir droit aux prestations en nature et en argent, l'assuré devra avoir cotisé soixante jours pendant le trimestre civil précédant la maladie », porte l'article 5 § 2 de la loi du 5 avril 1928. 30 avril 1930. « L'assurée qui allaite son enfant et qui remplit les conditions fixées par l'article 5 § 2, a droit à une allocation mensuelle de 150 fr., etc. ». Et plus loin encore, l'article 19 § 4 indique que, pour ouvrir le droit à l'assurance-décès, « l'assuré doit avoir été immatriculé depuis un an au moins et satisfaire aux conditions prévues à l'article 5 § 2 ». De même, l'assuré qui désire obtenir les prestations d'assurance-vieillesse, doit justifier d'au moins trente années entières de versements (art. 15). Les travaux préparatoires viennent à l'appui de ces textes et montrent bien que le législateur a très nettement entendu lier le bénéfice des prestations à l'acquit des cotisations. Le docteur Chauveau, un des hommes qui ont le plus fait pour l'adoption de la loi, justifie de la sorte, dans son rapport au Sénat (3), ce lien de droit : « Il est indispensable que le bénéficiaire remplisse une condition essentielle, celle d'être réellement assuré... ; l'assuré ne doit pas avoir abandonné tacitement

(1) Cf. André Henry, note sous Lyon 24 mars 1932, D. P. 33. 2. 10. 2^e col.

(2) Cass. 6 fév. 33 D. P. 33. 1. 33).

(3) Journal Off. Sénat, doc. parlam. 1925, Sess. ord., p. 102, col. 2.

l'assurance, ne plus payer de cotisations et revendiquer les bénéfices de l'assurance uniquement pour toucher les prestations ». Mieux encore, l'assuré social qui, par suite de la faillite ou des détournements de son employeur, se sera vu refuser les prestations par les caisses, n'aura contre son patron qu'un recours, souvent illusoire en réparation du préjudice subi (1).

Ces dispositions légales ne pourraient évidemment pas s'expliquer si les cotisations n'étaient versées qu'à titre d'impôt.

Un arrêt de la Cour d'Amiens en date du 27 avril 1933 (D. H. 1933. 371), a adopté une thèse qui se rapproche beaucoup de celle de la Cour de Toulouse, en présentant l'employeur comme le mandataire légal de l'Etat. Le patron serait en quelque sorte le préposé du service, comptable vis-à-vis de celui-ci des cotisations qu'on l'aurait chargé de percevoir. Ce système s'oppose malheureusement à la jurisprudence de la Chambre civile de la Cour de Cassation (2), selon laquelle les caisses d'assurances sociales ne doivent rien à l'ouvrier, tant que le patron n'a pas effectué les versements prescrits par les articles 2 et 5 de la loi de 1928. Si, en effet, le patron était le mandataire de l'Etat, le paiement entre ses mains de la cotisation ouvrière devrait être regardé comme fait aux services d'assurances eux-mêmes et les caisses ne pourraient plus se refuser aux prestations envers l'assuré. D'autre part, en cas de négligence, l'Etat devrait, comme mandant, pouvoir se substituer à lui pour retenir sur les salaires le montant des cotisations ouvrières. Or, il n'en est rien.

M. l'avocat général Caous, dans les conclusions qu'il a présentées, le 3 mars 1934 (3), à la Chambre Criminelle, a lumineusement développé les raisons pour lesquelles l'employeur ne peut être le mandataire légal des caisses d'assu-

(1) Trib. Pp de Thouars, 5 juin 1931 ; de Sauveterre de Guyenne, 14 sept. 1931 ; de Paris, 12 août 1932 — Voir également André Besson : Responsabilité de l'employeur (D. H. 1932, chronique p. 85 et suiv.).

(2) Civ. 6 fév. 1933 — D. P. 1933. 1. 33.

(3) Cass. 3 mars 1934 — D. P. 1934. 1. 37.

rances. Selon M. Caous, le patron devient débiteur personnel de l'Etat, en raison du prélèvement effectué sur le salaire de ses ouvriers. La caisse lui dit : « Vous me payerez la part de l'ouvrier que vous retiendrez sur son salaire. Vous deviendrez mon débiteur à la place de l'ouvrier ». Il y a substitution d'un débiteur à un autre, analogue à la novation par changement de débiteur (1). La caisse avait à l'origine une créance sur le patron et une autre sur l'ouvrier. Par l'effet du transport de dette, ces deux créances se fondent en une seule à la charge de l'employeur, car « aux termes de l'article 10 § 2 du décret du 25 juillet 1930, l'ouvrier reçoit quittance et se trouve libéré au moment où le patron devient débiteur à sa place ».

La théorie de la cession de dette est d'origine allemande. Le Code Civil français n'a organisé que la cession de créance, mais plusieurs lois ont édicté des règles emportant véritablement transport de dette dans d'assez nombreuses hypothèses, telles les lois du 13 juillet 1930 (art. 19) prévoyant la transmission du contrat d'assurances d'un immeuble vendu au profit de l'acquéreur, du 22 nov. 1918, imposant aux acquéreurs successifs d'une entreprise la reprise du contrat de travail des ouvriers mobilisés, du 19 juillet 1928, obligeant l'acquéreur d'une société commerciale à continuer les contrats de travail de son prédécesseur.

Dans toutes ces hypothèses, il y a, à la base de la cession de dette, une obligation personnelle. En est-il de même en matière d'assurances sociales ? L'ouvrier est-il tenu personnellement des cotisations mises à sa charge ? En conséquence, son patrimoine peut-il servir de gage au paiement de sa dette ? Il ne le semble pas. C'est contre le patron seul que peut en effet être formée l'action tendant au paiement des cotisations. C'est lui seul qui sera astreint, après mise en demeure, au paiement des intérêts moratoires. C'est à lui seul qu'incombe, aux termes mêmes de

(1) En ce sens Trib. Cor. Dieppe 1 « déc. 1933, Gaz. Pal. 1934. 1. 503. (Le patron, par le jeu de la délégation instituée par la loi, est devenu débiteur personnel de la caisse des assurances sociales) ».

l'article 2 de la loi, l'acquittement de la double contribution. L'ouvrier est si peu tenu personnellement que ce même article 2 prévoit le cas où il refuserait de présenter ses cartes et feuillets d'assurance, l'employeur devant alors apposer les timbres sur des feuillets spéciaux délivrés par l'administration. Enfin, le patrimoine de l'employé ne peut jamais être engagé ; la loi n'a prévu qu'une affectation réelle portant sur la portion retenue du salaire : « Les cotisations versées aux caisses d'assurances, a dit le rapporteur à la Chambre (D. P. 1929, 4. 173) sont des réserves de salaires spécialisées ».

S'il n'y a pas dette personnelle à la charge de l'ouvrier, comment pourrait-elle être transportée de la tête de celui-ci sur celle du patron ?

Et puis, suivant la remarque de M. Donnedieu de Vabres (1), il est impossible d'admettre que l'obligation du salaire devienne, à la suite d'un simple changement de titulaire, assortie d'un privilège et accompagnée de sanctions pénales que le législateur n'a édictées qu'à l'égard du patron. Il faut, pour qu'il y ait cession de dette, que subsiste la même dette, avec identité de caractères. « C'est commettre un paradoxe que vouloir appliquer une construction juridique fondée sur la nature abstraite du rapport de droit au jeu d'une institution où l'intuitus personae joue un rôle essentiel. » (1).

En réalité, si la loi fait peser sur le patron toutes les charges et toute la responsabilité du versement des cotisations, c'est qu'elle a considéré celui-ci comme le mandataire légal de l'ouvrier. Vainement objecterait-on qu'il n'existe entre eux aucun rapport juridique de mandant à mandataire (2), et que l'ouvrier ne peut être tenu pour responsable des défaillances de son employeur (3).

L'article 2 de la loi de 1928-1930, dit-on, impose au

(1) Note au D. P. 1934, 1. 34 — Cf. Colin et Capitant, cours élém. de droit civil, 7^e édition, t. 2, n° 390 ; Planiol et Ripert : Obligations n° 1141 et suiv.

(2) André Henry, note sous Lyon 24 mars 1932, D. P. 33. 2. 10

(3) Conclusions de M. Caous D. P. 34. 1. 38.

patron le prélèvement des cotisations ouvrières, alors même que l'assuré s'y opposerait. Celui-ci, d'autre part, n'a pu choisir librement le patron comme mandataire et il ne peut pas exercer la faculté de révocation qui, d'après les prévisions des articles 2003 et 2004 du Code Civil, est essentiel en matière de mandat. On oublie que la confiance peut être imposée par la loi, que l'idée de représentation suffit à la formation du mandat légal, et que celui-ci n'est pas révocable (1). Il n'y a jamais de reddition de compte ? Mais c'est que l'incapacité de l'ouvrier n'a pas de terme, comme celle du mineur. L'obligation pour le patron de lui remettre le récépissé de chaque carte annuelle, après la période de validité de chaque feuillet trimestriel, permet d'ailleurs à l'assuré de vérifier la régularité des versements.

L'ouvrier ne peut être tenu, comme mandant, de l'action en paiement des cotisations non versées à l'Etat par le prétendu mandataire ? Mais c'est qu'à aucun moment, nous l'avons vu, l'ouvrier n'a eu à sa charge d'obligation personnelle. Il est libéré par le fait même de la retenue effectuée sur son salaire (art. 10 § 2 du décret du 25 juillet 1930).

N'est-ce pas un véritable mandat que le patron exécute lorsqu'il opère, dans l'intérêt de ses ouvriers, leur immatriculation au service départemental (art. 1^{er} § 3), ou lorsqu'il verse, pour qu'elles soient portées « au compte de l'assuré » (art. 64 § 1) les contributions dont le versement lui incombe ?

L'article 8 du décret du 25 juillet 1930 permet, d'autre part, à l'ouvrier de se substituer à l'employeur pour réclamer son immatriculation, et la jurisprudence lui accorde également l'exercice d'une action en réparation du dommage que les manquements de son mandataire aura pu lui causer (2).

(1) Crim. 10 août 1850, D. P. 50. 1. 250 — 20 juillet 1860, D. P. 60. 1. 368 — 28 avril 1866, D. P. 66. 1. 354 — 3 fév. 1870, D. P. 71. 1. 269.

(2) Civ. 3 mai 1932, D. H. 1932. 331 — Tr. civ. de Gray, 15 nov. 1932, D. H. 1933. 96 — Angers 13 oct. 1933, D. H. 1933. 547 — Voir aussi Bechel, responsabilité civile de l'employeur, semaine juridique 1932 page 248.

Il subit en effet les conséquences de l'absence d'immatriculation et du défaut de versements.

La véritable situation du patron apparaît plus clairement encore lorsque ses employés ne sont rémunérés qu'à l'aide de pourboires. L'article 4 du décret du 24 mai 1930 prévoit alors que la cotisation ouvrière doit être acquittée entre les mains de l'employeur. En quelle qualité celui-ci la recevrait-il, sinon en tant que mandataire chargé de la reverser au service compétent ?

La loi sur les assurances sociales a incontestablement établi un mandat légal, au profit de l'ouvrier qu'elle entendait protéger, et c'est ce qu'avait admis la majorité des tribunaux et des Cours d'Appel (1), suivant en cela la voie tracée par deux précédentes décisions de la Cour de Cassation en date du 20 juillet 1860 (D. P. 60. 1. 368) et du 21 fév. 1913 (B. cr. n° 91), dans des espèces analogues.

Dans la première de celles-ci, il s'agissait d'un boulanger chargé de retenir sur le prix du pain vendu une somme correspondant à la surtaxe imposée par deux décrets impériaux, surtaxe destinée à couvrir la caisse de compensation des boulangers de Paris des avances par elle faites aux consommateurs en temps de cherté des farines. Le boulanger n'avait pas versé à la caisse les surtaxes perçues de ses clients. Poursuivi en correctionnelle, il avait plaidé qu'aux termes mêmes des décrets impériaux le boulanger en retard d'effectuer le versement des différences en plus, était simplement débiteur des intérêts, qu'en conséquence les voies civiles étaient seules ouvertes contre lui pour le contraindre au paiement. La Chambre Criminelle, devant laquelle fut portée l'affaire, estima qu'en effet l'article 1996 C. Nap. déclarait expressément le mandataire reliquataire des sommes qui résultent du compte ainsi que des intérêts moratoires, mais sans que, pour cela,

(1) Lyon 24 mars 1932 et Douai 2 fév. 1933, D. P. 1933. 2. 9 — Tr. Cor. d'Arras, 4 oct. 1932 — Gaz. Pal. 1932. 2. 854 — Amiens, 27 avril 1933, D. H. 1933. 371 — Tr. Cor. Seine 24 mai 1933, D. H. 1933. 423 1934, Sem. Juridique 1934. 323 — Poitiers 17 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934. — Besançon 11 oct. 1933, Gaz. Pal. 1934. 1. 503 — Rennes, 6 mars 1. 30.

il puisse échapper à la répression édictée par l'article 408 du Code Pénal en cas de détournement frauduleux. Or, les boulangers étaient sans droit pour retenir les différences perçues en plus, qui ne leur appartenaient à aucun titre, « ils ne pouvaient être pris que comme des percepteurs obligés, des mandataires légaux préposés à recevoir pour la caisse le montant de la surtaxe ».

Peu importe donc que la qualité de mandataire ait été donnée au prévenu dans le contrat ou le règlement qui prévoit la nature des rapports qu'il aura avec ceux auxquels ses détournements porteraient préjudice. Il suffisait dans l'hypothèse précédente qu'une partie des sommes remises par le consommateur ait déjà reçu une affectation spéciale. De même il suffit, en matière d'assurances sociales, qu'une partie des sommes revenant aux ouvriers soient, selon l'expression du rapporteur de la loi à la Chambre, des « réserves de salaire spécialisées ».

L'arrêt du 13 fév. 1913 a statué dans une espèce plus voisine encore. On sait que la loi du 29 juin 1894 impose aux exploitants de mines un prélèvement sur le salaire du personnel pour le verser dans la caisse d'une société de secours d'ouvriers mineurs. Il s'était trouvé que le directeur de la société de secours des Mines de Bourgeat était à la fois exploitant de cette dernière entreprise et s'était approprié les sommes qu'il avait prélevées en cette qualité sur les salaires de ses ouvriers. La Chambre Criminelle a constaté qu'il y avait mandat donné au patron et abus de confiance commis par celui-ci.

Par son arrêt en date du 3 mars 1934, la Cour de Cassation a cependant jugé que si, aux termes de la loi sur les assurances sociales, « le payement du salaire effectué sous déduction de la cotisation ouvrière vaut acquit de cette cotisation à l'égard du salarié de la part de l'employeur, ce dernier n'est pas, par là, le mandataire de son ouvrier, de l'Etat ou des caisses ».

Une décision aussi manifestement contraire à l'esprit de la loi ne pouvait pas ne pas émouvoir le législateur.

Sans doute, l'article 64 de la loi du 5 avril 1928 a spé-

cialement prévu le cas du patron qui ne verse pas les sommes par lui retenues sur les salaires de ses ouvriers, en le rendant passible d'amendes pouvant se cumuler jusqu'à un maximum de 500 francs. Mais ces pénalités de simple police sont insuffisantes lorsque l'employeur, de mauvaise foi, s'est enrichi aux dépens du salarié. L'article 64 ne concerne que le retard dans les versements et la négligence du patron, l'article 408 du Code Pénal permet d'atteindre la fraude et le détournement manifestes.

Une proposition de loi de M. Henri Corsin, tendant à compléter dans ce sens l'article 64 de la loi sur les assurances sociales, avait été déposée à la Chambre le 16 mai 1933, et transmise le 30 janvier 1934 au Sénat. L'arrêt de la Cour de Cassation hâta la discussion de cette proposition, qui fut, après déclaration d'urgence, adoptée le 14 juin 1934 (1). Elle aboutit à la loi du 1^{er} juillet 1934, complétant l'article 64 par la disposition suivante : « L'employeur qui a retenu par devers lui indûment la contribution ouvrière précomptée sur le salaire, en application de l'article 2 de la présente loi, est passible de peines prévues aux articles 406 et 408 du Code Pénal ».

(1) J. Officiel du 15, déb. p. 671.

Echange de Monnaie

Tout comme le mandat légal, doit être respecté le mandat tacite.

A cet égard, il a été jugé que la personne qui reçoit un billet de banque à la condition de rendre en monnaie l'excédent du prix, se rend coupable d'abus de confiance si elle garde par devers elle cet excédent, parce que « la convention tacite intervenue dans ces circonstances contient nécessairement le mandat de fournir en d'autres espèces la monnaie du billet déposé, et que, dès lors, elle participe essentiellement du contrat de mandat, et du contrat de dépôt » (1).

De même a été déclarée passible de l'article 408 C. P. la femme qui, ayant reçu une pièce d'argent en paiement d'une chose par elle vendue, et à la charge de rendre l'excédent du prix, s'approprie en entier la pièce (2).

Dans une espèce analogue, la Cour de Grenoble (3) a estimé : « qu'en remettant volontairement à un colporteur un billet de la banque de France de 100 francs, pour que celui-ci en vérifiât la valeur, ignorée d'elle, et qu'il se payât, sur le montant de ce billet, de 35 francs qui lui étaient dûs pour vente de marchandises, et rendit le surplus, la femme Jacquin, illettrée, donnait au colporteur un mandat formel, précis, qu'elle ne pouvait remplir elle-même, mandat immédiatement accepté par lui... qu'en rendant 15 francs seulement sur la valeur dudit billet, le colporteur a abusé de la confiance de la femme Jacquin, et détourné la somme de 50 francs sur le billet de 100 francs lui appartenant, qui ne lui avait été remis qu'à titre de mandat, pour un usage déterminé et à la charge par lui

(1) Bordeaux, 25 nov. 1881 (S. 1883. 2. 44).

(2) Lyon 29 avril 1857 (S. 1857. 2. 647).

(3) Grenoble 27 déc. 1873 (D. 1876. 5. 5).

de restituer sur sa valeur intrinsèque la somme supérieure à 35 francs, délit prévu et puni par l'article 408 C. P. »

La Cour de Cassation, à son tour, a jugé qu'il y a abus de confiance de la part du créancier qui détourne l'excédent de la somme représentée par le billet qu'on lui a présenté en paiement. Il a, en effet, la charge de rendre la monnaie, car « c'est dans ce but et à cette condition que la remise a été faite ; elle impliquait un mandat donné au créancier, mandat de fournir en monnaie la valeur du billet, sous déduction de ce qui lui était dû » (1).

Dans toutes ces hypothèses, il y avait eu remise volontaire antérieure à l'appropriation frauduleuse, une poursuite pour vol n'aurait pu aboutir.

La remise n'ayant pas été déterminée par des manœuvres frauduleuses, l'escroquerie n'aurait pu davantage être retenue.

Certains auteurs, entre autres M. Desjardins (2), ont envisagé l'abus de dépôt. La remise d'un billet excédant la somme due constitue, disent-ils, un paiement pour une partie, un échange pour une autre, mais en attendant que la différence soit rendue, conformément à la convention tacite intervenue entre le débiteur et le créancier, l'argent n'est entre les mains de ce dernier qu'à titre de dépôt. En effet, on retrouve l'obligation de garder la chose, ainsi que l'obligation de restituer en nature, car : 1° tant que la différence n'est pas rendue, le créancier a la garde du billet ; 2° si le créancier ne rend pas la différence, il n'est pas douteux que le débiteur réclamera la restitution du billet.

Il semble pourtant plus logique de considérer que l'on abuse d'un mandat lorsqu'on refuse de restituer, sur le montant d'une pièce d'argent remise en paiement d'une marchandise, l'excédent du prix.

Mais en est-il encore de même lorsque la pièce d'argent n'a été remise qu'en vue de se procurer de la monnaie de compte ? N'y a-t-il pas alors simple contrat d'échange,

(1) Cass. 28 juin 1884 (S. 85. 1. 189).

(2) Revue critique 1882 et 1885.

contrat qui ne figure pas au nombre de ceux limitativement déterminés par l'article 408 ?

C'est ce qu'a jugé la Chambre Criminelle par un arrêt en date du 29 juillet 1905 (1). Deux Arabes avaient remis des billets de banque à une femme, sur l'offre par celle-ci de leur remettre en échange des pièces d'or qu'elle prétendait avoir en dépôt chez un Mozabite. Après avoir reçu les billets, elle nia avoir rien reçu. Elle fut cependant relaxée, l'article 408 ne prévoyant pas le contrat d'échange.

Le 25 février 1916, la Cour de Cassation a donné la même solution à une espèce en tous points identiques (2).

Que le trompeur soit celui qui demande la monnaie, ou celui qui doit la rendre, la jurisprudence de la Chambre Suprême ne varie pas. Par un arrêt du 5 mars 1897 (3), elle avait déjà estimé que fait une fausse application de l'article 408 C. P. l'arrêt qui condamne pour abus de dépôt le prévenu qui, après avoir demandé à un tiers la monnaie d'un billet de 50 francs, et après avoir reçu la dite monnaie, s'était esquivé sans avoir donné à ce tiers le contre-valeur sur laquelle il comptait. Il y avait contrat d'échange, et la remise des espèces n'était que l'exécution de ce contrat, parfait par le seul consentement des parties.

Cette doctrine est-elle exacte juridiquement ?

Aux termes de l'article 1702 du Code Civil, l'échange est « un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». Comme pour la vente, le transfert de propriété s'opère solo consensu. On pourrait dès lors soutenir que l'échangiste étant devenu immédiatement propriétaire de l'argent reçu, il ne peut plus détourner sa propre chose. Ce serait oublier que le consentement doit être mutuel. Sans doute celui qui présente le billet consent à l'opération, mais celui qui le garde frauduleusement sans fournir la contre-partie a-t-il eu véritablement la volonté de s'obliger, essentielle à la formation du contrat ?

(1) S. 1905. 1. 534 — B. 382.

(2) Bul. Crim. n° 50, p. 88.

(3) D. P. 1898. 1. 27.

Absence de consentement réciproque et aussi absence de cause : Comme dans tout contrat synallagmatique, la prestation du tradens a pour soutien l'exécution de l'obligation de l'accipiens. Celle-ci ne se réalisant pas, le contrat d'échange devient sans cause.

C'est pourquoi on ne peut qu'approuver les tribunaux et les Cours d'Appel, qui, dans leur grosse majorité, refusent d'adopter la façon de voir de la Chambre Criminelle.

Ont été considérés comme détenteurs précaires, se rendant coupables d'abus de mandat... l'individu qui, ayant reçu pour le changer, un billet de 100 francs qu'on lui présentait par erreur comme étant de 50 francs, n'avait rendu que 10 pièces de cinq francs (1) ...la femme qui, ayant reçu un billet de 100 francs, pour en faire la monnaie, avait pris la fuite en l'emportant (2) ...le marchand forain qui, s'étant procuré un grand nombre de pièces de 5 centimes en nickel, les écoulait en rendant la monnaie et en les donnant pour des pièces argent français de 50 centimes (3).

On remarquera qu'il s'agit là de change de monnaie proprement dit, l'accipiens étant présumé posséder en propre la monnaie à remettre. Si, au contraire, il avait été chargé de porter ce billet chez un tiers pour que ce tiers en fasse l'échange, alors il y aurait un véritable mandat dans le sens de l'article 1984 du Code Civil, et la Cour de Cassation elle-même n'hésiterait plus à admettre les poursuites correctionnelles.

Il convient de rapprocher les espèces que nous venons d'examiner de celles que l'on connaît sous le nom de vols au rendez-moi. Elles consistent en ceci : un individu entre dans un magasin, se dit acheteur d'un objet, et présente en paiement un billet de banque. Le marchand rend la monnaie, et l'individu se sauve en emportant la monnaie en même temps que le billet, qu'il a retenu dans ses mains ou qu'il reprend rapidement s'il l'a déposé sur le comptoir.

(1) Pau, 8 juillet 1893 (D. 95. 2. 172 — S. 94. 2. 174).

(2) Rennes, 10 nov. 1897 (Journal des Parquets 98. 2. 40).

(3) Riom, 31 mars 1886 (S. 86. 2. 132 — Gaz. Pal. 3 juin).

Y a-t-il, en ces hypothèses, soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ?

Pour la monnaie rendue, il n'y a pas vol, l'appréhension à l'insu du propriétaire ne se rencontre pas. La remise de cette monnaie ne cesse pas d'être volontaire parce qu'elle aurait été provoquée par une fraude et consentie par erreur (1).

Pour la marchandise emportée, car le voleur ne dédaigne généralement pas les coups doubles, la soustraction frauduleuse est plus discutée. La jurisprudence la plus récente a tendance cependant à admettre que l'acheteur au comptant qui emporte frauduleusement la marchandise sans en payer le prix, commet un vol (2). C'est l'application de la théorie de la remise nécessaire et forcée.

Pour le billet, il faut distinguer. Si l'individu qui demande la monnaie a déposé sur la caisse le billet de banque, ou s'il a mis celui-ci entre les mains du changeur, il y a abandon du corpus et de l'animus, le changeur acquiert la possession par tradition : lorsque celui qui l'a ainsi abandonnée la reprend, il usurpe une possession nouvelle, et il tombe sous le coup de l'article 379 C. P. (3).

Si, au contraire, il ne s'est pas dessaisi de la possession du billet, s'il s'est contenté par exemple d'exhiber son portefeuille ou de montrer son billet en le gardant entre ses mains, il ne peut se rendre coupable de vol (4).

Mais il peut se rendre coupable d'escroquerie.

Les manœuvres frauduleuses consistent alors dans la présentation du billet, ou du portefeuille qui est censé le contenir, manœuvres ayant pour but évident de faire naître, dans l'esprit de la victime, l'espoir chimérique de recevoir ce billet (5).

(1) Cass. 18 mai 1876 ; 25 avril 1884.

(2) Cass. 14 juin 1915 (S. 1918. 1. 22) (D. 1921. 1. 57).

(3) Cass. 29 sep. 1898 (B. 321 — D. 99. 1. 149 — Pand. 1900. 1. 190) — Paris, 27 juil. 1912 (Gaz. Pal. 1913. 1. 412) — Caen, 26 mars 1906 (Gaz. Trib. 10 avril 1906).

(4) Cass. 12 déc. 1856 (S. 57. 1. 239 — D. 57. 5. 351).

(5) Cass. 4 avril 1857 (D. 57. 1. 29) Paris, 18 juin 1887 (S. 88. 2. 157) ; Paris, 9 mars 1897 (S. 97. 2. 180) Cass. 3 juil. 1920 (B. er. 229).

Que ce soit sous la qualification d'escroquerie, de vol ou d'abus de mandat, les tribunaux cherchent à assurer la répression de faits incontestablement malhonnêtes, mais que, depuis la différenciation du *furtum* de l'ancien droit, il est difficile de faire rentrer dans l'une des définitions données par la législation nouvelle. On sent, de leur part, un effort qui tend à briser les cadres un peu rigides qu'impose le principe « *nullum crimen sine lege* » inspiré de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme, pour se rapprocher des tendances subjectives modernes représentées par la *Terza Scuola* et l'Union Internationale de Droit Pénal, écoles qui recommandent au juge de tenir compte, moins de la définition légale et de la gravité matérielle de l'infraction, que de la puissance de nuire du délinquant, que de sa témibilité.

Pots-de-Vin

De ces idées, il est tenu le plus grand compte lorsqu'il s'agit de poursuivre les domestiques ayant touché, à ce titre, des pots-de-vin exagérés.

Il est souvent difficile de marquer une limite précise entre les étrennes, les pourboires permis et les indécitesses tombant sous le coup de l'article 408.

La maîtresse de maison, qui charge ses domestiques de faire un paiement ou un achat, sait parfaitement que les fournisseurs leur remettront le « sou du franc ». Dans certaines villes, cette habitude est si répandue que ces gratifications font, à proprement parler, partie des salaires. Mais lorsque les domestiques, au lieu de se contenter de ce casuel, tacitement consenti par le maître, majoraient encore le prix d'achat, on peut se demander s'il convient de fermer les yeux et de laisser impunis des actes que les mœurs tolèrent, mais que la loi pénale a certainement prévus. « La cuisinière qui fait sauter l'anse du panier, dit M. Garçon dans son Code Pénal annoté, ne peut pas soutenir que le fournisseur lui a remis « de suo » ce qu'elle s'approprie par ce procédé ; d'ailleurs elle le cumule souvent avec le sou du franc. En Droit, il paraît difficile de nier le délit et de le justifier par sa fréquence relative. Mais l'indulgence des maîtres a corrigé cette rigueur : ils supportent ce mal et s'abstiennent de toute plainte. La sanction consiste dans le renvoi du serviteur dont les détournements dépassent la mesure ».

Il s'est présenté cependant, dans la pratique, des cas où les détournements avaient été considérables, et où les tribunaux ont eu à statuer.

Aux termes de l'article 1993 du Code Civil : « le mandataire est tenu de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».

En Droit strict, si le mandataire ne fait pas profiter le mandant de toutes les concessions qu'il a obtenues, il se rend coupable d'abus de mandat.

On a parfois prétendu (1), pour écarter la responsabilité pénale, que l'on devait entendre, par choses remises à titre de mandat, seulement les choses que le mandataire a reçues du mandant lui-même, à l'exclusion de celles qu'il aurait reçues d'un tiers, à la charge de les restituer au mandant. Il n'existe pas, en effet, de relations de mandataire à mandant, entre le tiers qui remet la chose et l'individu qui la reçoit. Mais c'est une erreur d'en conclure que l'obligation de transférer la chose à une personne qui n'en a jamais été propriétaire, possesseur ou détenteur, constitue une simple dette civile. La jurisprudence a maintes fois repoussé cette doctrine (2). Que le mandataire ait reçu la chose du maître ou qu'il l'ait reçue d'un tiers, il suffit qu'il soit soumis à l'obligation d'en rendre compte. Ce n'est qu'en l'absence de cette obligation qu'il échappera à l'action pénale.

Cette dernière distinction permet de comprendre pourquoi les tribunaux refusent d'appliquer l'article 408 C. P. aux domestiques qui, moyennant une somme fixée à l'avance, se sont engagés à fournir la nourriture d'une maison. C'est qu'ils ont reçu les fonds en pleine propriété, et qu'ils sont dégagés de toute obligation de rendre compte. L'action civile est seule ouverte au maître frustré, sauf application de l'article 405 au cas où les domestiques, dissimulant le contrat à forfait, se sont présentés chez divers marchands comme ayant mandat d'acheter au nom et pour le compte du maître (3).

C'est encore l'escroquerie qui sera retenue si le commettant a été trompé par des manœuvres frauduleuses telles que la production de factures faussement signées par le fournisseur, destinées à dissimuler les véritables

(1) Trib. Charleville, 2 juil. 1844, R. Dalloz 8, note 3.

(2) Cr. 7 sep. 1844 (Rep. Dal. 159) ; Orléans, 24 av. 1876 (D. P. 78. 5. 6) ; Rouen, 7 juin 1878 (D. P. 79. 2. 39) ; Cr. 24 avril 1855 (D. P. 55. 1. 267).

(3) Paris, 18 sep. 1835 (S. 36. 2. 308) ; Paris, 16 avril 1852 (S. 52. 2. 510) ; Cf. Cass. 31 janv. 1830 (B. 40).

conditions du marché, et à amener le maître à verser ainsi un prix supérieur à celui qu'il eût payé en l'absence de toute collusion frauduleuse (1). En majorant les factures, le fournisseur entend le plus souvent remettre au mandataire personnellement la différence entre le prix fictif et le prix réel. Ce pot-de-vin est consenti « de suo », il ne doit en rien profiter au mandant ; il est difficile d'envisager l'abus de mandat.

Celui-ci, au contraire, pourra être retenu au cas où les fonds ont été détournés par le prévenu sans la complicité de la personne avec qui il a traité. Si le mandataire a reçu de l'argent pour payer et qu'il prétend avoir acheté à un prix supérieur à celui qu'il a versé effectivement, ou encore si, chargé de vendre, il garde la différence entre le prix prétendu et la somme qu'il a empochée, il se rend incontestablement coupable d'abus de confiance pour avoir omis de faire raison à son mandant de tout ce qu'il a reçu.

C'est ainsi qu'ont été condamnés par application de l'article 408 :

...le commis qui, chargé de distribuer à des ouvriers de la ville des broderies à festonner, et de débattre les prix avec eux, avait touché à la caisse de son patron l'argent destiné à payer ces ouvriers, et leur avait fait accepter des réductions qu'il conservait pour lui-même. — Rouen, 7 juin 1878 (S. 78. 2. 242) ;

...le cocher de fiacre qui, ayant conduit de nuit un voyageur, lui avait déclaré que le tarif était de 8 francs, avait reçu la somme, et n'avait remis à son patron que six francs, prix réel du tarif. — Amiens 16 décembre 1878 (S. 79. 2. 17 et la note) (1).

Il en serait évidemment de même si le tiers qui a contracté avec le mandataire, lui avait fait une concession, mais sans intention de l'en faire profiter personnellement.

Dans toutes ces hypothèses, le commis conservait l'obligation de rendre compte.

(1) Cr. 7, mars 1879 (B. 62) ; 12 déc. 1874 (B. 304) ; 2 déc. 1865 (B. 216).

(2) Voir aussi Cr. 7 juillet 1934 (D. H. 510).

Il était, en quelque sorte, le représentant de son patron : les sommes remises par les tiers étaient censées rentrer immédiatement dans le patrimoine de ce dernier, de même que les sommes confiées par le patron étaient réputées restées en sa possession civile. Le maître était le véritable propriétaire des fonds, le commis ne détenait ceux-ci qu'à titre précaire et commettait un abus de confiance en intervertissant cette possession précaire.

Cette idée se retrouve dans un arrêt de la Chambre Criminelle du 28 janvier 1842 (B. 18) : une domestique avait été chargée de faire au comptant des provisions pour la maison, avait opéré ces achats à crédit, et s'était approprié les sommes d'argent qu'elle avait reçues pour en payer le prix : « Attendu que la loi a justement distingué entre la confiance volontaire et limitée que le mandant accorde au mandataire dont il est parlé dans le premier paragraphe de l'article 408 du Code Pénal, et la confiance générale que le maître est obligé d'accorder à son domestique ; que cette confiance nécessaire et forcée établit entre eux des rapports différents, et crée, à l'égard des domestiques, des droits plus étroits dont la violation entraîne une répression plus sévère ; que celui-ci représente le maître dans tout ce qui est relatif au genre de service auquel ce dernier l'emploie ; que les sommes confiées aux mains du domestique sont réputées dans les mains et dans la possession du maître, que le domestique ne peut se les approprier et en frustrer son maître sans le priver par là de cette possession, et, conséquemment, sans les détourner à son préjudice ».

Cet arrêt indique d'abord au préjudice de qui est commis l'abus de confiance. Celui-ci ne peut évidemment pas être commis au préjudice du commerçant qui s'est borné à livrer sa marchandise en pleine propriété, sans qu'un mandat quelconque soit intervenu entre lui et le domestique infidèle. Le maître ne semble d'ailleurs pas non plus subir de préjudice, car il reçoit les objets qu'il a commandé d'acheter et il n'est pas obligé de payer le prix d'un achat fait contrairement au mandat donné.

La Chambre Criminelle décide cependant qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette dernière considération et reconnaît un abus de mandat. Sans doute le domestique ne détient l'argent confié qu'à titre précaire, mais il n'est pas téméraire de critiquer la solution que la Cour a cru pouvoir adopter, étant données les circonstances de l'espèce qui lui était soumise : la domestique n'avait obtenu du fournisseur la livraison à crédit des provisions qu'en se disant chargée par son patron d'opérer de cette façon, elle avait pris, dans une certaine mesure, la fausse qualité de mandataire.

Quelques années plus tard, la Cour de Paris (1) a décidé, plus justement semble-t-il, que constitue le délit d'escroquerie à l'égard des marchands, et non pas le crime d'abus de confiance à l'égard du maître, le fait par une domestique de prendre livraison de marchandises en faisant ouvrir chez un commerçant des comptes à crédit au nom et à l'insu de son maître.

L'arrêt précité du 28 janvier 1842 présente surtout un intérêt historique. Avant la loi du 28 avril 1832, qui a complété l'article 408 du Code Pénal en faisant de la qualité de l'agent une circonstance aggravante de l'abus de confiance, les tribunaux frappaient des peines de l'article 386 du Code Pénal le détournement, par un homme de service à gages, de sommes à lui remises pour en faire un usage déterminé, « une telle remise ayant sa cause dans la confiance nécessaire que le maître ne peut se dispenser d'accorder à ceux qui le servent, et qui sort des prévisions de l'article 408 » (2). La jurisprudence cherchait par là à corriger l'anomalie de la loi qui faisait un crime du vol domestique, et un simple délit du détournement commis

(1) Paris, 16 août 1852 - D. P. 53. 2. 138.

(2) Cr. 16 sep. 1819 (Rep. Dal. 244) ; 31 janvier 1822 (Rep. Dal. 210) ; 7 janvier 1930 (Rep. Dal. 210).

Un arrêt de cassation du 22 janv. 1913 (R. D. 178) a pourtant décidé que ne constituait pas un vol qualifié le fait par un domestique de détourner au préjudice du maître des sommes d'argent que celui-ci lui avait remises pour l'achat au comptant des provisions du ménage, du moment que le maître n'était pas obligé envers les fournisseurs.

au préjudice du maître. La culpabilité ne manquait évidemment pas d'être la même.

L'arrêt du 28 janvier 1842 est le premier qui ait retenu, en pareil cas, l'abus de confiance. Actuellement, en effet, que la chose ait été ou non remise par le maître, les tribunaux peuvent appliquer sainement la loi, le domestique encourrant de toute façon la peine de la réclusion.

Dans toutes les hypothèses que nous avons envisagées jusqu'ici, les sommes détournées avaient été remises entre les mains mêmes du mandataire infidèle.

Plus délicates sont celles où le commis a été seulement chargé de conclure une convention sans avoir le maniement d'aucun fonds.

Le mandant paye alors directement le fournisseur, mais ce dernier, pour obtenir le marché, remet un pot-de-vin à l'intermédiaire.

Dira-t-on que le montant du pot-de-vin doit revenir au mandant, conformément aux prescriptions de l'article 1993 du Code Civil, et que, faute d'en avoir rendu compte, l'abus de confiance est constitué ? C'est ce qu'a décidé un arrêt de Cassation en date du 12 décembre 1874 (B. 304). Un nommé Ferrand avait été chargé par l'Intendance d'acheter des bœufs, et avait sollicité du vendeur une gratification personnelle de 60.000 francs. Il soutenait que cette somme lui avait été remise « de suo », à titre de simple libéralité, qu'il ne pouvait en conséquence l'avoir détournée au préjudice de l'Etat, son mandant : « Attendu que les constatations souveraines de l'arrêt attaqué il résulte : que si les 3.600 bœufs ont été comptés à l'Etat pour la somme de 1.732.542 francs, tel n'a pas été le prix réel de la vente ; que dans cette somme était comprise celle de 60.000 francs, dont les prix de vente avaient été majorés au profit de Ferrand ; que le prix réel de la vente n'a été que de 1.672.542 francs ; que le vendeur des bœufs n'a touché comme lui appartenant que cette dernière somme, et que le surplus, c'est-à-dire la somme de 60.000 francs, a été payée en vertu d'un pacte qui affectait la fixation du prix

réel de la vente ; qu'en conséquence, la dite somme a été détournée au préjudice de l'Etat ».

Telle n'est cependant plus la solution donnée par la même Cour cinq années plus tard (1), dans une espèce analogue : un employé de la Compagnie des Chemins de fer du Nord, « chargé de recevoir les soumissions pour fourniture de boulons » et de transmettre à la direction les plus avantageuses de ces soumissions, s'était entendu avec certains fournisseurs, qui lui allouaient des remises de 2 à 6 % sur le montant des commandes reçues, pour supprimer les offres concurrentes. Selon la Cour, ce concert frauduleux constitue une escroquerie. L'employé n'avait pas commis d'abus de confiance au préjudice des fournisseurs, ceux-ci recevant régulièrement leurs bons de commande et touchant à la caisse de la Compagnie l'intégralité du prix de leurs fournitures : « Attendu que la quote-part prélevée par l'employé de la Compagnie sur les sommes ainsi encaissées était le résultat, non d'un acte de détournement, mais d'un accord arrêté entre lui et les fournisseurs, et dont il restera, plus tard, à déterminer le caractère au point de vue de la loi pénale ». Il n'y avait pas eu non plus d'abus de confiance au préjudice de la Compagnie du Nord, l'arrêt attaqué ayant décidé que l'employé n'avait reçu de celle-ci ni autorité pour la représenter, ni pouvoir pour l'obliger, que son emploi était donc exclusif de tout mandat.

Aujourd'hui, cet employé aurait également été relaxé du chef d'abus de confiance, mais pour une toute autre raison. Depuis la loi du 16 février 1919, en effet, est spécialement incriminé « tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque d'un commerçant ou d'un industriel qui aura, soit directement, soit par personne interposée, à l'insu et sans le consentement de son patron, soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire un acte de son emploi ou s'abstenir

1) Cr. 7 mars 1879 (B. 62).

de faire un acte que son devoir lui commandait de faire ».

On remarquera tout de suite que la loi de 1919 ne prévoit pas les remises faites aux gens de maison. C'est en effet une loi de circonstances, née des événements de la guerre. On a voulu étendre les pénalités de l'article 177 Code Pénal aux employés des Compagnies de chemins de fer qui, à une époque d'insuffisance des moyens de transport, mettaient des wagons à la disposition de certains négociants, au moyen de faux ordres de priorité et moyennant de fortes commissions.

Mais on remarquera aussi que l'acceptation de ces pots-de-vin ne constitue un délit que si leur importance dépasse ce que le patron a dû normalement prévoir, étant donnés les usages du commerce. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris du 26 novembre 1926 (Gaz. Trib. du 22 septembre 1927) a jugé que les dispositions nouvelles — tant par leur texte littéral que par l'esprit qui a présidé à leur élaboration et qui se trouve révélé très clairement dans les travaux préparatoires — doivent s'interpréter restrictivement et visent exclusivement les rémunérations occultes, offertes ou acceptées en vue de déterminer l'employé à un acte de son emploi qu'il eût dû accomplir normalement et sans l'appât d'un profit illicite (1).

(1) On retiendra notamment deux arrêts de Cassation du 7 janv. 1927 (Gaz. Pal. 1927. 1. 551) et du 29 nov. 1929 (Gaz. Pal. 1929. 2. 1029) qui déclarent coupables du nouveau délit prévu à l'art. 177 par. 6. C. P. ...L'employé de chemin de fer qui, lors de l'enregistrement du bagage d'un voyageur, se fait remettre par celui-ci et contre son gré une somme d'argent qu'il savait n'être pas due... et le livreur de lait rémunéré par son patron qui, à l'insu de celui-ci, sollicite ou agréé des commissions ou primes supplémentaires, des détaillants auxquels, en raison de ses fonctions, il livrait le lait pour le compte de son patron.

Effets de Commerce

La mise en circulation et le recouvrement des effets de commerce ont soulevé également des problèmes délicats.

On sait que ces valeurs se transmettent par endossement et que cet endossement a pour effet d'opérer le transfert de la propriété, tout au moins depuis la loi du 8 février 1922, dont l'article 6 dispose : « l'article 138 du Code de Commerce est ainsi modifié : L'endossement opère le transport ; il n'est une procuration que si telle est la volonté clairement exprimée des parties contractantes ».

Il est très fréquent, dans la pratique, que le bénéficiaire d'une traite la confie à un tiers, le plus souvent à une banque, pour que ce tiers la recouvre lui-même et en restitue ensuite la valeur. Il est clair qu'alors, malgré l'endossement, la propriété n'a pas été transférée. Il s'agit simplement, dans l'esprit des parties, d'un mandat. Comment en faire la preuve ? Telle est la première difficulté.

Jusqu'à la loi du 8 février 1922, le Code de Commerce connaissait deux sortes d'endossement ne valant qu'à titre de procuration :

1° L'endossement de procuration expresse : « Payez valeur en recouvrement, ou valeur en procuration ». Dans ce premier cas, il ne fait pas de doute que l'endossataire qui s'approprie le produit de l'escompte dont il était chargé de rendre compte, commet un abus de confiance.

2° L'endossement irrégulier, qui était présumé par la loi (art. 138 ancien. C. com. de 1807) ne valoir qu'à titre de procuration. Lorsque l'endosseur ne mentionnait pas la valeur fournie ou faisait un endossement en blanc, c'est-à-dire n'accompagnait sa signature, au dos de l'effet, d'aucune autre énonciation, on se trouvait devant un endossement irrégulier.

Cet endossement simplement irrégulier emporte aujourd'hui transport.

Dès lors, la solution pourrait paraître simple : il n'y aura abus de confiance que s'il s'agit d'un effet de commerce dont les termes font clairement ressortir que l'endossement ne vaut qu'à titre de simple procuration.

En réalité, cette opinion (qui paraît être celle de M. Francisque Goyet dans son Précis de Droit pénal spécial, (édition 1933, page 383) ne peut être retenue.

La présomption de l'ancien article 138 C. com., de même que celle de la loi nouvelle, n'est pas une présomption irréfragable. Très fréquemment, avant 1922, les parties, sous le couvert d'un endos irrégulier, par négligence ou par ignorance, avaient entendu transmettre réellement la propriété des valeurs. La doctrine et la jurisprudence avaient été obligées de tenir compte de ces pratiques quotidiennes contre lesquelles il aurait sans doute été vain de vouloir réagir, et elles avaient su établir les distinctions qui s'imposaient.

Aujourd'hui, il arrivera sans doute encore que des bénéficiaires de traites oublient de porter sur les effets endossés à leurs mandataires que cet endos ne vaut qu'à titre de procuration. Il importe de conserver les règles traditionnelles d'interprétation :

A l'égard des tiers, l'endossement conserve le caractère que lui confère la loi, et la preuve contraire n'est pas admise. Les tiers ne peuvent prendre l'effet que pour ce qu'il paraît être : ils peuvent exiger la stricte application des dispositions légales. Toute contre-lettre leur est en effet inopposable.

Mais entre les parties, la preuve est admise à l'encontre de la présomption légale et peut servir à rétablir la réalité des faits.

La jurisprudence avait toujours, en effet, au moins dans son dernier état, admis le porteur à démontrer l'existence d'une contre-prestation, lorsque son endosseur l'actionnait en invoquant les termes de l'ancien article 138 du Code de Commerce et en lui réclamant, à lui prétendu mandataire,

la traite ou le produit de son recouvrement (1). Vainement prétendrait-on qu'on ne peut prouver outre et contre le contenu d'un écrit. Cette règle perd son caractère obligatoire dès qu'il s'agit d'établir une simulation.

Une application intéressante en a été faite par un jugement du Tribunal Corr. de la Seine en date du 27 juin 1914 : le plaignant avait soutenu qu'il y avait remise d'objets en gage, cachée sous les apparences d'une vente, et il demandait l'application de l'article 408. « Attendu, répond le tribunal, que le principe suivant lequel les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites ne met pas obstacle au droit souverain qui appartient aux juges de restituer au contrat son véritable caractère ; qu'il leur est loisible, comme en tout autre cas de fraude ou de vol, d'admettre comme preuve de la simulation des présomptions graves précises et concordantes » (2).

La simulation peut être prouvée omni modo en matière commerciale. Lorsqu'au contraire on est en présence d'un chèque ou d'un billet à ordre, et que ces effets restent civils pour n'avoir pas servi à conclure un acte de commerce, la partie contractante doit établir la simulation par un écrit. Il s'agit d'une convention civile et l'article 1344 C. civ. est applicable (3).

Les mêmes solutions s'imposent évidemment devant les tribunaux correctionnels, après comme avant la loi de 1922.

Il en a été ainsi décidé par la Cour de Cassation le 6 juillet 1928 (4) : le prévenu avait reçu trois connaissances endossés en blanc et afférents à des balles de soie qui arrivaient à quai. Après avoir opéré le dédouanement des marchandises, il avait donné ces connaissances en

(1) Voir Cass. 3 août 1876 (J. Palais 1877. 901) ; Cass. 1^{er} déc. 1879 (S. 1880. 1. 158).

(2) Gaz. Trib. 1914. 2. 144.

(3) Req. 9 nov. 1875 ; Civ. 6 juin 1887 ; Civ. 31 janv. 1900.

(4) Cr. 6 juil. 1928, aff. Pasquier, cité au jurisclassueur pénal, art. 108 n° 289.

nantissement à un établissement de crédit. Poursuivi pour abus de mandat, il avait soutenu que la loi de 1922 avait supprimé la différence qu'on avait jusque-là coutume d'établir entre les différents modes d'endossement, qu'il était en conséquence devenu propriétaire des balles de soie. Ayant été condamné, il avait formé un pourvoi, qui fut rejeté. La Cour Suprême a jugé que les dispositions nouvelles de l'art. 138 du Code de Commerce ne s'opposent nullement à ce que le juge du fond décidât, en faisant connaître les circonstances d'où résulte sa conviction, que les connaissements remis au prévenu, avec un endos irrégulier, ne lui ont été confiés qu'à titre de mandat pour en faire un usage déterminé.

Ainsi donc, s'il est prouvé que le billet n'a été remis à l'endossataire que pour en faire l'escompte, c'est-à-dire à titre de mandat et à charge d'en remettre les fonds ou d'en faire un usage déterminé, l'application des pénalités de l'article 408 du Code Pénal reste possible (1).

Un cas assez voisin des précédents a été résolu dans le même sens par la Cour de Cassation le 21 juin 1895 (B. 182) : un individu avait tiré une traite sur un tiers qui ne lui devait rien, et celui-ci n'avait accepté que sous la condition que le produit de l'escompte lui serait remis. Le prévenu avait dissipé les fonds. Poursuivi, il avait soutenu qu'ayant créé lui-même les traites, la propriété n'en pouvait revenir au tiré. La Cour Suprême a répondu que, malgré les mentions écrites de l'effet, le tireur n'avait reçu ce dernier qu'à charge de remettre le produit de la négociation à l'accepteur, et qu'il avait été, avec raison, reconnu coupable d'abus de confiance.

Dans une autre espèce, à la vérité assez compliquée, qu'eut à résoudre la Cour Suprême deux ans plus tard (2), le coupable, à qui un commerçant aux abois désireux de

(1) Cr. 5 août 1842 (B. 191) ; 21 mars 1889 (B. 124) ; 12 juin 1890 (D. 90. 1. 489) ; 18 mai 1906 (B. 213) ; 11 mai 1907 (B. 231).

(2) Cr. 29 juil. 1897 (D. 98. 1. 374). Voir aussi Cass. 31 oct. 1895 B. 268) ; Paris, 20 fév. 1906 (Gaz. Trib. 22 mai 1906) et Cass. 20 mai 1887 (B. 201).

se créer des disponibilités avait remis des effets tirés sur lui-même pour qu'il en fasse l'escompte, avait, pour sa défense, émis les mêmes prétentions : il soutenait qu'il ne s'était engagé qu'à procurer au plaignant une somme d'argent, dont le montant n'était pas connu, mais qui devait être, en tous cas, inférieure à la valeur des billets, puisque, disait-il, il s'agissait d'un prêt (usuraire) et non d'un mandat. Il prétendait également que par suite de la création des billets à son profit, il en était devenu propriétaire : il ne pouvait être question de lui appliquer les sanctions de l'article 408 C. P., car, s'il y avait eu remise : 1° cette remise n'avait pas eu lieu à l'un des titres limitativement déterminés par le Code ; 2° il n'avait pu, ayant acquis la propriété, détourner les valeurs au préjudice du « propriétaire, possesseur, ou détenteur ». La Cour de Cassation se contenta de répondre à cette argumentation (car il s'agissait en définitive d'une appréciation, souveraine de la part des juges du fait, de la volonté des parties) : « l'arrêt attaqué a déclaré que Morgon (le soi-disant prêteur) a frauduleusement détourné le produit des billets qu'il avait mandat de négocier ; cette déclaration de fait contient tous les éléments constitutifs du délit d'abus de confiance ».

Notons que si le prévenu soulevait pour la première fois devant la Cour de Cassation le moyen tiré du transfert de la propriété de l'effet, la Cour refuserait d'examiner et d'admettre son pourvoi (1).

En résumé, si l'effet porte une mention telle que « valeur en recouvrement », il doit être considéré comme ne conférant qu'un simple mandat. Si l'endossement est régulier ou si l'effet ne porte pas de mention, celui-ci sera considéré, depuis la loi de 1922, comme translatif de propriété, mais le juge pourra rechercher derrière l'acte apparent l'acte véritablement voulu par les parties.

L'effet pourra porter des formules moins claires, telles que « valeur en compte » ou bien « valeur entendue » ;

(1) Cr. 9 mai 1873 (B. 126) et 17 avril 1874 (B. 116).

il est certain, dans ce dernier cas, que le pouvoir d'appréciation du juge reste entier.

C'est ainsi qu'il a été jugé (1) que n'est pas coupable d'abus de mandat le correspondant d'un commerçant qui, étant chargé de faire un paiement à l'aide d'effets endossés à son profit « valeur en compte courant », consacre les sommes en provenant à un autre usage, « Attendu que l'arrêt attaqué a constaté, en fait et souverainement : 1° que l'endosseur était en compte courant avec (le banquier prévenu d'abus de confiance)...

« ...2° Que les valeurs par lui envoyées au banquier n'avaient été négociées qu'avec la signature, et par conséquent l'engagement personnel de ce dernier ; que de ces constatations... il résulte que les traites escomptées par le banquier avaient été régulièrement endossées au profit de ce dernier et versé dans le compte courant qui en a crédité l'envoyeur ; attendu que d'après les principes du droit commercial, la conséquence de ces faits avait été de dessaisir (l'endosseur) de la propriété des traites dont il s'agit, dès l'instant de leur réception par le banquier, d'où il suit qu'en n'appliquant pas leur produit au paiement convenu, le banquier ne pouvait être considéré comme un mandataire qui a détourné des effets ou billets au préjudice des propriétaires, mais comme des débiteurs qui n'ont point accompli leurs obligations... »

Cet arrêt appelle deux observations. C'est d'abord que si le mandataire ayant un pouvoir même général d'administration doit s'abstenir des actes de disposition, la jurisprudence admet cependant aujourd'hui (Lyon 5 mars 1896 D. 93. 2. 121, note Boistel) que le porteur chargé de recouvrer l'effet n'est pas obligé d'attendre l'échéance pour en effectuer l'encaissement. Il peut, s'il le préfère, négocier la lettre de change et rendre compte à l'endosseur du prix de la négociation.

Nous pouvons lire dans un arrêt de la Chambre Criminelle du 13 décembre 1860 (D. 1861. 1. 811) : « Attendu,

(1) Cr. 5 avril 1859 (D. 59. 5. 5).

en ce qui concerne le détournement prétendu de la lettre de change, qu'il est reconnu qu'elle a été passée à l'ordre du prévenu par la voie d'un endossement régulier ; que si cet endossement était causé « valeur en compte », et si par suite le prévenu était tenu de rendre compte à son cédant, il n'en est pas moins certain que l'effet nécessaire dudit endossement était de le saisir du droit, ou de retenir le titre jusqu'à l'encaissement, ou de le négocier ».

La deuxième observation qu'appelle l'arrêt de Cassation du 15 avril 1859, c'est que la passation d'une créance en compte courant emporte novation. Le porteur qui a accepté ce genre de règlement perd non seulement les actions nées de la traite (solidarité des signataires, avals, etc. Cass. 25 avril 1910 S. 1913. 1. 265), mais aussi la possibilité de poursuivre en vertu de l'article 408 du Code Pénal. A condition bien entendu que les deux correspondants en compte courant n'aient pas, par une manifestation de volonté formelle, convenu d'exclure du compte courant la remise de l'effet en cause.

A cet égard, le tribunal de Toulouse semble avoir commis une erreur, le 13 mars 1912 (1), en décidant que : « Un recouvreur auquel des effets de commerce sont envoyés pour la perception des deniers et leur transmission au mandant commet un abus de confiance en détournant ces deniers par violation de mandat. On soutiendrait vainement que le recouvreur était en compte courant avec le mandant, car l'élément essentiel du compte courant consiste en ce que la remise d'une somme ou valeur a lieu en toute propriété, à charge seulement d'en créditer le remettant jusqu'à un règlement ultérieur. Le recouvreur doit rendre un compte de gestion qui se tient par doit et avoir comme le compte courant, mais en diffère parce que dans le dernier la propriété est transférée absolument, et dans l'autre en vue d'un emploi déterminé ».

En admettant même, avec le tribunal de Toulouse, que

(1) Le Droit 2 mai 1912.

les sommes ne soient pas tombées en compte courant conformément à la volonté des parties (et dans l'espèce rien n'est moins sûr), il semble bien que le mandataire pouvait ici invoquer la compensation : sa créance était liquide et exigible, il pouvait faire jouer l'exception de compte. Et de toute façon, sa mauvaise foi n'était pas démontrée.

Beaucoup plus juste nous paraît être l'opinion du tribunal correctionnel de Vienne lorsqu'il fait, dans un jugement du 9 mars 1894 (D. P. 1895 — 1-401), les distinctions suivantes : le compte courant a bien pour effet de transférer au récepteur la propriété des effets de commerce qui lui ont été remis, mais, comme tout contrat commercial, il ne saurait exister sans la volonté réciproque des contractants, et il ne saurait s'induire notamment de seule répétition d'opérations habituelles entre les parties. Alors même qu'un compte courant existe entre celles-ci, c'est encore la convention qui détermine la nature et le nombre des opérations qui doivent y rentrer ; les parties peuvent, à leur gré, y comprendre toutes leurs opérations ou seulement quelques-unes d'entre elles. Ce point est une question de fait dont l'examen appartient aux juges du fond. Après avoir posé ces principes, le tribunal de Vienne en fait application à l'espèce qui lui était soumise, et on peut relever les attendus suivants : « Attendu qu'il résulte des débats que s'il est vrai que des comptes courants existaient entre (le banquier) et les remetteurs, ceux-ci avaient eu l'intention d'en exclure les valeurs qu'ils envoyaient en recouvrement ; que pour ces opérations (le banquier) n'était autre chose qu'un mandataire, chargé de toucher et de leur faire parvenir les fonds ; que ce mandat résulte soit des endossements causés « valeur en recouvrement », soit des tarifs imprimés dont un exemplaire était envoyé au banquier qui en accusait réception ; — Attendu que dans ces tarifs se trouve un article qui stipule expressément que, quelque soit le libellé des endossements, et malgré l'existence d'un compte courant, les envois ne sont faits qu'avec mandat

d'en opérer le recouvrement ; ...déclare le prévenu coupable d'abus de confiance ».

Ces distinctions se retrouvent dans un arrêt de la Chambre Criminelle du 14 janvier 1928 (B. cr. 25) : un commerçant avait remis au banquier Xydias un chèque de 6.770 dollars à encaisser sur une autre banque et avait demandé que l'on porte la somme recouvrée au crédit de son compte. Xydias avait détourné les fonds ainsi déposés et avait soutenu, pour sa défense, qu'il avait le droit d'en disposer. Il fut cependant déclaré coupable d'abus de mandat, car « on ne saurait inférer d'une ouverture de compte faite dans de telles conditions et ayant pour seul but de permettre l'encaissement d'un chèque barré, pas plus que des termes « au crédit du compte » employés dans les reçus du banquier, que la partie civile ait voulu léroger à son intention première de recouvrement pur et simple et de mise en dépôt des fonds, et concéder au banquier le droit d'en disposer en pleine propriété ».

Que décider lorsqu'un tireur a remis une traite au tiré pour qu'il la revête de son acceptation et que le tiré refuse de restituer l'effet ?

L'article 125 du Code de Commerce dispose : une lettre de change doit être acceptée à sa présentation, ou, au plus tard, dans les 24 heures de la présentation. Après les 24 heures, si elle n'est pas rendue acceptée ou non acceptée, celui qui l'a retenue est passible de dommages-intérêts envers le porteur.

Est-il passible, en outre, d'abus de confiance ?

Il n'y a certes pas de responsabilité à la charge du tiré qui a restitué la lettre de change sans son « acceptation » quand il n'a pris aucun engagement envers le tireur et qu'il n'est pas débiteur de ce dernier.

Mais il y a controverse quand le tiré est tenu, envers le tireur, d'une dette qui sera liquide et exigible le jour de l'échéance de la traite.

La question ne se pose pas, disons-le tout de suite, quand le débiteur n'est pas commerçant et tenu d'une

dette commerciale. Sa condition serait en effet aggravée sans son consentement et suivant la seule fantaisie du créancier, s'il lui fallait obligatoirement accepter l'effet présenté.

Elle se pose au contraire entre commerçants et pour dettes commerciales : un usage très ancien veut que les commerçants qui contractent s'obligent, tacitement, à apposer leur acceptation sur les traites tirées sur eux en contre-partie des prestations qui leur ont été faites.

Cet usage, toujours vivant, était déjà constaté par Pothier. Et ce qui montre bien que les commerçants ne le contestent pas, c'est qu'il ne semble n'avoir jamais été débattu devant les tribunaux commerciaux. On ne peut guère citer que deux arrêts de la Cour de Lyon, qui le reconnaissent implicitement (20 décembre 1845 et 12 mai 1847 - S. 1848. 2. 177), et un arrêt de la Chambre Criminelle du 26 juillet 1877 (D. 1878. 1. 331), dont il est intéressant de relever les attendus suivants : « Attendu que Tardieu, débiteur envers le sieur Mathé, d'une somme de 2.038 francs, a autorisé son créancier à faire traite sur lui pour pareille somme... ; qu'en vertu de cette convention, Mathé remit... deux valeurs formant ensemble la susdite somme, avec recommandation expresse de les faire accepter... ; attendu en droit que le contrat qui intervient entre le tireur d'une lettre de change et celui sur qui la lettre est tirée, est un vrai contrat de mandat, que le tiré est un mandataire tenu d'accomplir le mandat dont il s'est chargé, c'est-à-dire non seulement de payer la lettre de change à l'échéance, mais au préalable et à moins de convention contraire, de l'accepter sur présentation... ; qu'il suit de là que le prévenu, en retenant et appliquant à son profit des valeurs qui ne lui avaient été transmises qu'à la charge de les retourner, a commis un véritable abus de mandat... ». En vérité, l'usage était ici corroboré par une promesse écrite, mais il ne fait pas de doute que, même en l'absence d'engagement expres, la Cour de Cassation eût reconnu coupable d'abus de confiance le tiré qui aurait refusé de restituer l'effet confié pour acceptation.

Un cas également très controversé, en droit commercial comme en droit pénal, est celui des effets de complaisance.

Certains auteurs, et notamment M. Hemard dans une thèse Paris 1900, p. 162, ont soutenu que les effets de complaisance devaient être dépourvus de toute sanction, que l'accepteur dépouillé ne pouvait demander de dommages-intérêts ni devant les tribunaux de commerce, sous forme d'action de in rem verso, ni devant les tribunaux correctionnels en portant plainte pour abus de confiance et en se constituant partie civile.

On sait en quoi consiste l'effet de complaisance : un commerçant ayant besoin d'argent tire une traite sur un débiteur fictif, puis demande à ce débiteur fictif d'accepter la lettre de change, étant entendu que, au moment de l'échéance, il s'arrangera pour faire les fonds de l'effet.

Le tireur, ayant entre les mains l'effet revêtu de l'acceptation du tiré, va le faire escompter dans une banque et obtiendra de cette façon les fonds désirés.

Les tribunaux avaient d'abord admis la validité de ces effets (Ch. Civ. 21 mars 1842, S. 1842. 1. 383).

Puis ils se sont aperçu qu'il y avait là une opération qui avait le plus souvent pour but de prolonger artificiellement le crédit d'un commerçant en état de cessation de paiement, qu'il y avait là une opération à caractère immoral, illicite, qu'il fallait annuler.

La jurisprudence toute récente fait cependant une distinction. Alors même que le tiré n'est pas normalement débiteur du tireur, l'opération sera considérée comme valable si le tiré, en donnant son acceptation, a eu véritablement l'intention de s'engager et de se porter en somme caution solidaire pour un ami (1).

Mais si le tiré n'a voulu prendre aucune responsabilité personnelle, s'il ne désire que recevoir les fonds au jour de l'échéance, la Cour de Cassation annule l'opération

(1) Cf. Req. 1^{er} mars 1926 — Ch. civ. 16 juillet 1928 S. 1929. 1. 57 — Cas. 26 janv. 1932. S. 1932. 1. 103).

fictive qu'il a faite comme étant sans cause, ou comme reposant sur une cause illicite.

Cette nullité n'est pas opposable au tiers de bonne foi, qui pourra toujours exiger du tiré le paiement de l'effet.

Le tiré, ayant dû payer malgré l'absence de provision, pourra-t-il alors se retourner contre le tireur ? Les arrêts refusent en général l'action en répétition (Req. 8 juin 1891. D. 1892. 1. 336 - Req. 27 juillet 1897. D. 1897. 1. 607 - Req. 21 mars 1910 S. 1913. 1. 297).

Ne pouvant porter son action devant les tribunaux commerciaux le tiré le pourrait-il devant les tribunaux correctionnels ?

Pour la négative, on a fait valoir plusieurs arguments. Et d'abord, dit-on, le contrat passé entre le tiré et le tireur n'est pas de ceux limitativement énumérés à l'art. 408 C. P. Un arrêt de la Chambre Criminelle en date du 28 juin 1860 (1) est mis en avant : un tireur avait reçu en échange de la traite qu'il avait acceptée une autre traite payable à la même échéance. Il avait déchiré celle-ci et réclamé la première. « Attendu que les juges du fond reconnaissent que, dans le principe, c'était à titre de prêt ou d'échange que le prévenu avait reçu le billet ; mais qu'à partir du moment où il avait refusé de le rendre, il n'avait pu en conserver la possession qu'à titre de dépôt ; — Attendu qu'aux termes de l'art. 1915 C. nap., le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à charge de la garder et de la restituer en nature ; que c'est là un contrat spécial qui a ses conditions et son objet déterminé, et auquel ne peut être assimilée l'action de l'emprunteur ou du débiteur, qui ne rend pas à son légitime propriétaire la chose par lui antérieurement reçue et qui la garde contre le gré de ce dernier ; que cette rétention frauduleuse et l'abus qui peut être fait de l'objet indûment conservé constituent un dol civil que n'atteignent pas les dispositions de l'article 408 C. pénal ».

On a soutenu également qu'il n'y avait qu'un contrat

(1) Cass. 12 nov. 1709. D. 1860. 1. 471.

d'association entre le tireur qui se charge de négocier l'effet et le tiré qui a accepté l'effet afin de partager le bénéfice de l'escompte. Cette opinion a été repoussée par un arrêt de la Cour d'Orléans en date du 31 janvier 1884 (Gaz. Pal. 1884. 2. 191). La Cour d'Orléans a estimé qu'il y avait un véritable mandat. Mais cet arrêt est assez ancien, son autorité est faible ; il considère, conformément à l'opinion généralement admise à cette époque, que les effets de complaisance ont un caractère légal, et d'autre part, que le contrat de société ou d'association ne peut donner lieu à l'application de l'art. 408 C. P.

Et puis, ajoute-t-on, même si l'on admettait qu'il puisse y avoir mandat, ce mandat aurait une cause illicite, il ne serait pas valable. Si les poursuites étaient possibles (et alors même qu'on ne les permettrait qu'au ministère public, à l'exclusion des parties), il faudrait nécessairement reconnaître en faveur de la victime « le principe légal d'un préjudice possible et par suite le droit à des dommages-intérêts ». Le compère, victime du détournement du produit de l'escompte, pourrait obtenir, par la voie criminelle, des dommages-intérêts que les tribunaux civils lui auraient refusés.

Cette doctrine a été admise par les tribunaux correctionnels de la Seine, le 20 mars 1899 (1) et le 3 janvier 1900 (2).

On oublie que la nullité du contrat violé ne fait pas disparaître le délit. Celui-ci ne consiste pas dans la violation même du contrat, mais dans l'appropriation frauduleuse de la chose confiée à titre précaire. Si le mandat est nul pour cause illicite ou immorale, l'abus de confiance n'en est pas moins établi (3).

Parmi les nombreuses décisions rendues sur ce point, on peut citer notamment un arrêt de Cass. du 12 novembre 1909 : « Lorsque la cause du mandat est illicite,

(1) Gaz. Trib. 7 mai 1899.

(2) La loi 17 novembre 1900.

(3) Voir Cass. 4 nov. 1869 (S. 71. 4. 175) — Cass. 9 juil. 1857 (D. 57. 4. 379).

notamment lorsqu'elle a pour but l'exploitation de jeux, le mandataire ne saurait trouver une cause d'impunité dans le vice du contrat » (Gaz. Pal. 1909. 2. 582).

Certaines décisions vont même plus loin, puisqu'elles admettent non seulement la possibilité de poursuivre correctionnellement, mais aussi celle de poursuivre en restitution des sommes remises.

On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de Paris du 4 nov. 1912, qui a admis l'abus de confiance et également l'action en dommages-intérêts, contre l'individu qui avait reçu 3.000 francs pour aller jouer un cheval au Tremblay et s'était approprié la somme, « considérant que c'est à tort que les premiers juges ont disqualifié les faits de la prévention, par cette raison que le fait de servir d'intermédiaire aux courses étant défendu, le contrat de mandat était illicite et ne pouvait donner lieu à aucune action, et que, partant, l'abus de ce mandat illicite ne pouvait constituer un délit ;

« Considérant qu'une pareille théorie ne saurait être admise ; que le délit, en effet, consistait non dans l'inexécution du mandat, mais l'appropriation frauduleuse par le prévenu de la somme à lui confiée à titre précaire ».

Cette dernière idée est essentielle. En matière d'abus de confiance, on a une certaine tendance à transposer les règles du Code Civil dans le domaine de la législation pénale. On doit se garder d'oublier que l'art. 408 ne sanctionne que le détournement, la dissipation frauduleuse proprement dite. C'est ce que met bien en relief la suite de cet arrêt de la Cour de Paris : « Considérant que, d'autre part, le caractère alternatif de ce mandat tel qu'il est prévu par le texte même de la loi pénale ne permet pas de dire qu'il y avait eu contrat illicite ; que, en effet, la formule de l'art. 408 C. P. précise l'obligation du mandataire : celui-ci est tenu, aux termes de ce texte, de « faire un emploi déterminé de la chose remise ou de la rendre ou représenter » ; que, dès lors, ce mandataire, soit qu'il se trouve en face d'un cas de force majeure empêchant l'exécution, soit qu'il ne veuille pas exécuter le

mandat délictueux, est inévitablement tenu de restituer, qu'il n'est pas admissible que sous prétexte que l'exécution du mandat était illicite, il puisse s'approprier la chose remise et se dispenser d'en rendre compte :

« Considérant qu'il est inexact de dire que, de ce fait qu'il est défendu de servir d'intermédiaire aux courses, vis-à-vis de tout venant, le plaignant avait perdu toute son action ; qu'elle n'avait pas en effet d'action pour contraindre le prévenu à aller jouer aux courses, mais qu'elle en avait une pour le contraindre à la restitution des 3.000 francs qu'il n'avait pas joués, que, dès lors, il y avait abus de mandat, délit prévu et puni par les articles 406 et 408 du Code Pénal ». (Paris 4 nov. 1912, Recueil Gaz. Trib. 1913, 1. 65).

En ce qui concerne plus particulièrement les effets de complaisance, nous avons bien un autre arrêt de Paris, du 30 mars 1905, mais il ne donne pas de solution aussi nette que le précédent. Pour atteindre le mandataire infidèle, le rédacteur de l'arrêt a d'abord eu soin de préciser que le mandat d'escompter des effets de complaisance pour partager le produit de la négociation n'est nullement frauduleux ni contraire à l'ordre public. Cette précaution prise, il décide que le mandataire qui a accepté un tel mandat et s'approprie le montant total de la négociation, qu'il devait partager avec le mandant, commet un abus de confiance et tombe sous le coup de l'art. 408 C. P. (1).

Pareille précaution paraît inutile. L'impossibilité d'exercer l'action civile ne saurait en effet entraver l'action publique. M. Garçon le fait très justement remarquer dans son Code Pénal annoté (Art. 408 n° 432) : « L'effet de complaisance produit tous ses effets vis-à-vis des tiers : le ministre public exerçant l'action publique n'est-il pas un tiers ? Enfin, comment admettre que le délit, réalisé si l'effet est valable, disparaît parce que l'auteur du détournement a commis une faute de plus en mettant en circulation un effet de complaisance ? ».

(1) Pand. 1905, 1. 264 — J. La loi 17 mai 1905.

Il est admis, aujourd'hui, que l'accepteur d'un billet de complaisance peut porter plainte contre son compère qui a détourné le produit de l'escompte, malgré le caractère illicite de l'opération.

D'autres controverses s'étaient élevées en ce qui concerne les effets de commerce donnés en renouvellement. Elles ont été tranchées dans le même sens : les tribunaux ont fini par faire rentrer ce genre particulier de conventions, dans celles qu'énumère l'art. 408 du Code Pénal (dépôt ou mandat) et ils n'hésitent plus à admettre l'abus de confiance.

On s'était en effet demandé si un créancier commet un abus de confiance quand, après avoir reçu paiement et avoir conservé par devers lui le titre qui constatait son droit, il réclamait une seconde fois son dû.

On a cité plus haut un arrêt de Cassation en date du 28 juin 1860, aux termes duquel la rétention frauduleuse du titre constatant la créance qui a été éteinte par le paiement ne constitue qu'un dol civil.

Dans le même sens, un arrêt de la même Cour, en date du 14 nov. 1862 (D. 65. 5. 4) décide qu'il faut considérer comme créancier apparent, mais non comme dépositaire, celui qui réclame indûment le paiement d'un billet devenu sans cause.

Vers la même époque a été, au contraire, jugé coupable de vol le créancier qui, mettant à profit l'oubli d'un débiteur ayant laissé sur la table une facture acquittée, détruit celle-ci et réclame une seconde fois le paiement (1). Il est évident qu'il n'y avait pas eu remise. Mais la tradition manuelle est-elle bien une condition essentielle de l'abus de confiance ? La jurisprudence admet depuis longtemps qu'il suffit que la chose ait été laissée au pouvoir du prévenu à titre de possession précaire et en exécution de l'un des contrats visés à l'art. 408 C. P.

La difficulté consiste à déterminer le contrat en vertu

(1) Cass. 15 mai 1863 (D. 1863. 1. 266).

duquel le créancier payé continue à détenir le titre constatant sa créance.

On ne saurait à cet égard faire état d'un arrêt de Cassation du 6 août 1847 (D. 47. 4. 3) admettant l'application de l'abus de confiance au créancier qui, ayant entre les mains deux billets, souscrits par le même débiteur, le second en renouvellement du premier, demande le paiement de ces deux valeurs. Cet arrêt, en effet, néglige de déterminer le contrat violé, il se contente de donner pour motif « qu'en exigeant ainsi le paiement d'un billet dont il n'était pas légitime propriétaire, et en s'appropriant, autant qu'il était en lui ce billet, le prévenu l'avait détourné à son profit ».

Faut-il admettre que le créancier qui s'est fait souscrire d'avance par son débiteur, en renouvellement du billet primitif, un deuxième billet d'une échéance plus éloignée, commet une violation de dépôt s'il met en même temps les deux effets en circulation ?

Ou encore doit-on supposer que l'individu qui a en mains deux effets constatant la même dette s'est implicitement engagé, au cas où l'insolvabilité de son débiteur et le souci d'éviter les frais de protêt l'empêcheraient de mettre en circulation le billet portant l'échéance la plus rapprochée, à garder et à rendre celui-ci ? Peut-on considérer qu'il s'est engagé à le détruire ?

Nous avons sur ce point deux arrêts de la Chambre Criminelle. Ils sont contradictoires. Le premier, du 10 septembre 1863 (D. 63. 1. 487), décide que les énonciations de l'arrêt attaqué établissaient suffisamment la volonté des parties de ne laisser qu'à titre de dépôt, entre les mains du créancier, le premier billet devenu sans cause ni valeur.

Le second, de deux ans plus vieux, porte au contraire « attendu que (le prévenu) a, en les mettant indûment en circulation, détourné de leur destination normale, et nécessairement convenue, des billets renouvelés et remplacés qu'il n'avait pu conserver qu'à titre de mandat, pour les détruire ou pour les rendre » (1).

(1) Cass. 7 janvier 1865 (D. 65. 1. 316).

Peut-on réellement dire, en admettant même avec le rédacteur de l'arrêt, que la destination normale des billets remplacés était d'être détruits, qu'il y avait contrat de mandat ? Celui-ci consiste à faire un acte juridique ou une série d'actes juridiques pour le compte d'un mandant. Il ne saurait avoir pour objet des faits d'ordre purement matériel comme ceux qui consistent en une destruction de papiers. Tout au plus pourrait-on admettre qu'il y avait détournement ou dissipation d'effets qui n'avaient été remis que « pour un travail salarié ou non salarié, à la charge d'en faire un usage ou un emploi déterminé », et ce serait sans doute encore violenter le sens de l'article 408 C. P.

Mais où le mandat apparaît nettement, c'est lorsque les valeurs négociables sont remises au créancier en renouvellement d'effets qui sont déjà en circulation. Dans ce cas, en effet, celui qui reçoit les fonds ou les nouveaux billets les reçoit bien avec la charge de faire un acte juridique, il les reçoit pour faire un paiement au nom du tradens. C'est ainsi qu'a été poursuivi et déclaré coupable d'abus de mandat un individu qui avait appliqué à son profit les fonds provenant de la négociation de billets qui ne lui avaient été remis qu'à charge d'employer ces fonds à retirer de la circulation des valeurs antérieurement souscrits par le signataire des billets. — Orléans 15 novembre 1882 (D. 1884. 2. 157).

A été également jugé coupable d'abus de mandat l'individu qui, ayant reçu des billets en blanc pour payer pareille somme sur d'autres valeurs en circulation, les avait négociées dans son intérêt exclusif. — Cass. 29 déc. 1860 (D. 61. 5. 2).

La même solution est évidemment applicable lorsque le prévenu a reçu, non plus des effets, mais une somme d'argent, pour retirer de la circulation les premiers billets (Cass. 16 juin 1898 - D. 1900. 1. 83).

Société

Le contrat d'échange, la tutelle, la remise de pots-de-vin ou de traites endossées ne sont pas prévus dans l'énumération de l'article 408. Ils ne sont pourtant pas exclusifs de l'idée de mandat, et permettent l'application des pénalités de l'abus de confiance.

En est-il de même du contrat de société ? La loi du 24 juillet 1867, qui a réglementé ce contrat et établi des pénalités spéciales en ce qui concerne les infractions qui peuvent être relevées dans la gestion des sociétés, ne suffit-elle pas ? L'associé est-il un mandataire, atteint par l'article 408, lorsqu'il exerce le pouvoir d'administration que lui confère soit le contrat de société lui-même, soit un acte postérieur à ce contrat, soit la loi, à défaut de stipulations particulières ?

Il est un point certain, c'est que si l'associé a été chargé de gérer les intérêts de la société par un acte distinct de l'acte constitutif de la société elle-même, et postérieure à celui-ci, il est investi d'un véritable mandat qui le rend passible des peines de l'art. 408 (1).

La question ne peut se poser que relativement à l'associé qui puise son pouvoir d'administrateur soit dans les statuts de la société, soit dans la disposition générale de l'article 1859 du Code Civil, aux termes duquel, en l'absence de conventions spéciales sur le mode d'administration de la société, les associés sont réputés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre.

Trois opinions ont pu être soutenues. La première écarte toute possibilité de poursuivre en abus de confiance, la qualité d'associé étant incompatible avec celle de manda-

(1) Cf. Cr. 13 juin 1845 (D. P. 45. 1. 371) ; Cr. 22 août 1895 (D. P. 97. 1. 425) Trib. corr. Seine 22 janvier 1925 (Gaz. Trib. du 1^{er} décembre 1925) ; Cr. 31 mars 1933 (B. 70).

taire. L'associé n'agit pas, dit-on, « pour le mandant et en son nom » suivant les exigences de l'art. 1984 Code Civil, il agit au nom d'un être moral qui s'incarne en sa personne, et dans son propre intérêt. Si donc il est comptable envers ses co-associés, c'est en sa seule qualité d'associé. S'il détourne les fonds de la société pour les appliquer à ses besoins personnels, cet abus de ses fonctions, tout répréhensible qu'il soit, ne rentre pas dans les termes de l'article 408, puisque ce n'est pas à titre de mandat que ces fonds lui ont été remis (Cr. 15 janvier 1842) (1).

Une deuxième opinion, qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence (2), décide que le contrat de société n'exclut pas la stipulation d'un mandat. La Cour de Rouen, saisie, comme juridiction de renvoi, de l'affaire dans laquelle était intervenu l'arrêt précité du 15 janvier 1842, a réfuté les considérations qui avaient fait écarter par la Chambre Criminelle l'application de l'art. 408, dans les termes suivants : « Attendu qu'il n'y a nul argument à tirer de ce que l'associé gérant d'une société en commandite ne peut être révoqué arbitrairement, mais seulement pour cause jugée légitime... que le droit de révoquer le mandat ne tient pas à l'essence du contrat de mandat ; que l'on en doit dire autant de la circonstance que les pouvoirs du gérant ne sont pas exercés dans un intérêt qui lui soit étranger ; qu'en effet le contrat de mandat peut être modifié par des stipulations spéciales que la loi ne prohibe pas, sans qu'il soit altéré dans son essence ». La Cour de Rouen a ajouté que s'il est exact que, vis-à-vis des tiers, le gérant soit la personnification de la société et qu'il puisse, sans le secours des commanditaires, engager tout l'actif de l'être moral, il n'en est pas moins vrai qu'il a reçu des bailleurs de fonds la mission d'administrer dans l'intérêt commun et qu'il demeure, comme tout mandataire, respon-

(1) Cr. 15 janv. 1842 (B. 11 — S. 42. 1. 362) Bedarrides, Sociétés, 1. 270.

(2) Morin, Abus Conf. 21 — Bravard 1,232 — Blanche VI, 252 — Delangue, Soc. comm. 1,320 — Lyon Caen et Renault, Sociétés 11, 297.

sable de sa gestion envers ses co-associés et passible, en cas de fraude, des sanctions de l'abus de confiance (1).

La Cour de Cassation elle-même a abandonné sa première jurisprudence. Par un arrêt du 8 août 1845 (2), elle a décidé que l'associé gérant d'une société en commandite est un mandataire à l'égard de ses co-associés bailleurs de fonds, et par un arrêt du 13 juin 1845 (3), elle a également déclaré coupable d'abus de mandat le directeur de société anonyme qui avait détourné les fonds qu'il détenait en cette qualité.

L'associé gérant peut en effet aussi bien être réputé mandataire des commanditaires, que mandataire de la société représentée par l'assemblée des actionnaires. La société a une personnalité distincte de la sienne. Leurs patrimoines respectifs ne sauraient se confondre.

Il est inutile de s'arrêter longuement à une troisième opinion, d'après laquelle il faudrait distinguer le cas où l'associé administre en vertu des statuts sociaux et le cas où l'associé puise ses pouvoirs dans l'article 1859 du Code Civil. Le gérant, statutaire ou non, est un mandataire. Conventionnel s'il a été désigné spécialement par l'acte de constitution ou un acte postérieur, légal dans l'hypothèse contraire. Le détournement des valeurs sociales dont il a l'administration constitue, de sa part, un abus de confiance caractérisé.

Les solutions admises pour le commandité (4) dictent celles qui doivent s'appliquer aux associés en nom collectif. Chacun de ceux-ci a la signature sociale, agit au nom de la société et pour le compte de ses co-associés. En détournant les fonds sociaux ou abusant de la signature sociale, il abuse de leur confiance (5), alors même que la société est irrégulièrement constituée (6).

(1) Rouen 18 mars 1842 (Rep. Dalloz n° 165).

(2) D. P. 1845. 1. 363.

(3) D. P. 1845. 1. 371.

(4) Cass. 8 août 1845 (B. 256) ; 14 mars 1862 (B. 78) ; 12 fév. 1881 (B. 41).

(5) Chambéry 8 mars 1867 (D. 67. 2. 46) ; Cr. 30 juillet 1896 (B. 253) ; Cr. 5 juin 1920 (259).

(6) Cass. 16 mai 1908 (B. 202).

Dans une association en participation, bien que la société n'existe que dans les rapports des associés entre eux, que ceux-ci agissent en leur nom personnel, ut singuli, il est bien certain que chacun des associés est, dans ses rapports avec les autres, un mandataire obligé de rendre compte (1). Le mandat ne consiste pas seulement à agir au nom du mandant, il constitue surtout à agir pour son compte. L'idée de représentation n'est pas en effet de l'essence de ce contrat.

La nullité de la société n'aurait pas pour effet de faire disparaître la culpabilité de l'auteur du détournement (2).

De nombreux arrêts ont reconnu l'existence d'un mandat sans prendre soin de déterminer la nature de la société. Par ce silence même, ils prouvent que le principe est général (3).

Mais, bien entendu, il faut que les détournements de l'associé aient été commis par lui dans l'exercice de son droit de gérer les affaires sociales.

Il n'y aurait plus abus de confiance mais vol, si l'associé s'appropriait frauduleusement des valeurs dépendant de l'actif social et à l'égard desquelles il n'aurait aucun droit de gestion. En soustrayant une chose dont il n'a pas la possession et dont il n'est pas comptable, l'associé étranger à l'administration de la société commet le délit prévu par l'article 379 du Code Pénal.

Il commettrait un faux ou une escroquerie s'il émettait, sous la signature sociale et sans en avoir le droit, des billets à ordre, lettres de change ou autres effets de commerce (4).

Ce n'est en effet que si l'associé, qui a abusé de la signature sociale pour éteindre des dettes personnelles, a été par les statuts ou par la loi investi du droit de signer au nom de la société qu'il représente, qu'il encourt les pénalités atténuées de l'art. 408.

(1) Cr. 6 juil. 1849 (D. P. 51. 5. 2) ; Cr. 12 janv. (B. 73) ; Cr. 22 juil. 1899 (B. 223) ; Cr. 30 oct. 1925 (Gaz. Pal. 1925. 2. 694).

(3) Cass. 20 fév. 1847 (B. 38) ; 31 juil. 1851 (B. 316) ; 3 juin 1853 (B. 205) ; 3 janv. 1889 (B. 3) ; 3 mai 1907 (B. 207) ; 18 mai 1917 (B. 130).

(4) Cr. 16 oct. 1806 et 26 mars 1813.

Cheptel à moitié

Aux termes de l'article 1818 du Code Civil, « le cheptel à moitié est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte ».

Le cheptel à moitié étant une société, la jurisprudence semblerait devoir appliquer au fermier malhonnête les sanctions qu'elle édicte à l'encontre du gérant infidèle.

Il n'en est rien cependant. Adoptant une doctrine qu'ils n'hésitent pas à écarter en matière de contrat de société proprement dit, les tribunaux considèrent que le métayer, lié avec le propriétaire par un contrat de cheptel à moitié, ne peut pas encourir les pénalités de l'article 408 du Code Pénal, celui-ci ne comprenant pas la société dans son énumération limitative.

A cet égard, il convient de rappeler les solutions admises dans les espèces voisines du cheptel de fer et du cheptel simple.

Dans l'ancien droit, plusieurs de nos coutumes, et notamment celle de Berri (art. 7, Titre 17), punissaient des peines du vol le preneur de bestiaux à cheptel qui les vendait à l'insu et sans la participation du bailleur. Jousse enseigne dans son *Traité de Justice Criminelle* (T. 4, p. 176) que « celui chez qui on a mis des bestiaux à cheptel, à la charge de les nourrir et de donner le croît au propriétaire, et qui vend ou détourne en cachette ces bestiaux ou leur croît, peut être poursuivi par action de vol ».

Sous le Code de 1810, la Cour de Cassation a dû juger que ce fait ne constituait pas le vol, puisque le fermier était en possession, et qu'il ne constituait pas non plus l'abus de confiance puisque l'article 408 du Code Pénal ne prévoyait ni le contrat de louage, ni le contrat de société. C'est

ainsi qu'un arrêt de Cassation du 5 octobre 1820 (1) a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour Royale de Corse ayant renvoyé à se pourvoir par voie civile le propriétaire qui avait assigné en correctionnelle un fermier à qui il avait remis des bestiaux à titre de cheptel et qui les avait vendus : « ...attendu 2° que ce même fait ne pouvait opérer le délit d'abus de confiance, que des bestiaux donnés à cheptel ne peuvent, sous aucun rapport, être considérés comme confiés à titre de dépôt, ni remis pour faire un travail salarié ; que si, d'après l'article 1805 du Code Civil, l'estimation qui serait donnée au cheptel n'en transporte pas la propriété au preneur, le bailleur, d'après l'art. 1812, n'a pas plus que le preneur le droit de disposer du troupeau, soit en tout, soit en partie ; que les droits et les obligations de l'un et de l'autre sont corrélatifs, et que si le preneur ne pouvait avoir d'action par voie correctionnelle contre le bailleur qui aurait indûment disposé du cheptel, celui-ci ne peut davantage l'exercer contre le preneur ».

Aujourd'hui, le motif tiré du silence de l'article 408 est complètement détruit par l'addition faite en 1832, et quant à l'autre motif, il disparaît devant cette remarque que le cheptel, même estimé, demeure la propriété du bailleur, qu'il est confié au preneur à titre de louage ou de société, et ne peut être détourné sans un abus de confiance bien caractérisé.

Depuis la réforme de 1832, le détournement de bêtes confiées à titre de cheptel peut constituer un abus de confiance, mais il paraît impossible, cependant, d'admettre ce principe sans distinctions.

Dans le cheptel de fer, que « le propriétaire d'une métairie donne à ferme, à la charge qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il aura reçus » (art. 1821 C. Civil), il est admis que le fermier peut aliéner le croît, mais à charge de remplacer les bêtes vieilles et engrais-

(1) Rep. Dalloz Abus de confiance n° 98.

sées par d'autres bêtes qu'il achètera pour que la souche reste intacte. Sinon, il commet un abus de confiance par violation du contrat de louage (1).

Dans le cheptel simple, la propriété des bêtes reste encore au bailleur, même si le cheptel a été estimé (art. 1805 C. C.). Le preneur profite de la laine et du croît, qui se partagent par moitié avec le bailleur (art. 1811 in fine).

Dans le cheptel donné par le bailleur au colon partiaire, les règles du cheptel simple doivent être suivies (art. 1830 Code Civil).

Les solutions données par la jurisprudence en matière de cheptel simple seraient donc les mêmes que celles qu'elle donnerait en matière de cheptel laissé au colon partiaire. Or, il est aujourd'hui admis que le colon partiaire ou le preneur à cheptel qui vend frauduleusement les bêtes qui lui ont été remises par le propriétaire commet un abus de confiance par violation du contrat de louage.

Il n'en est pas de même pour le détournement du croît, car ce n'est plus évidemment à titre de louage que le preneur détient celui-ci. En ce qui concerne le croît, les solutions jurisprudentielles ont varié. Il suffit, pour marquer cette évolution, de citer les arrêts suivants qui sont parmi les plus caractéristiques.

Le premier est du 25 janvier 1838 (2) : « attendu que, par l'effet du cheptel simple, le bailleur n'est pas dessaisi de la propriété des animaux confiés aux soins du preneur, pour le produit en être partagé entre eux ; que s'il est vrai que ce bail participe de la nature du contrat de société, l'association est bornée à ce qui concerne le croît et le produit des animaux, mais ne s'étend pas au fonds même du cheptel, à l'égard duquel le bailleur conserve tout entier son droit de propriété, modifié seulement par le contrat de louage qu'il a consenti ; que dès lors, si le preneur vend, à l'insu du bailleur, les animaux remis à sa charge, il

(1) Cr. 23 juil. 1846 (D. 46. 1. 327) ; 20 août 1880 (S. 81. 1. 42 avec les réquisitions de l'avocat général Rivière).

(2) Cr. 25 janv. 1838 (S. 38. 1. 246).

détourne la chose d'autrui et commet le délit d'abus de confiance ».

Le tribunal d'Agen, respectant les distinctions admises par le précédent arrêt, avait, le 16 novembre 1898, relaxé un colon partiaire qui, avec l'autorisation du bailleur, avait vendu un poulain et un veau dépendant du croît du cheptel, mais avait omis d'en partager le prix : « attendu que le cheptel participe du contrat de louage en tant qu'il s'agit du capital, mais aussi du contrat de société en tant qu'il s'agit du croît, lequel appartient par indivis au maître et au colon ; — attendu dès lors que le fait par un colon d'avoir gardé, sans en rendre compte, le produit du croît, ne saurait constituer un abus de confiance, puisque le colon a disposé de ce qu'il détenait, non à titre de louage, mais à titre de co-propiétaire » (1).

Le tribunal d'Agen n'avait sans doute pas compté sur la possibilité des revirements de la jurisprudence. Son jugement fut en effet infirmé par arrêt de la Cour d'Agen, qui retint l'abus de confiance. Et le pourvoi formé par le bailleur contre ce dernier arrêt fut rejeté par la Chambre Criminelle le 15 avril 1899 (2) : « Attendu qu'il échet de reconnaître, avec l'arrêt entrepris, que l'association, en ce qui touche le croît et le produit des animaux entre le bailleur et le preneur à cheptel, n'exclut pas la stipulation d'un mandat ; — attendu que, dans la cause, ce mandat est résulté du fait qu'en donnant, en vue de la vente du croît, le consentement exigé à cet effet par l'art. 1812 Code Civil, le bailleur a chargé le preneur de réaliser ladite vente, d'en toucher le prix, et de rendre compte de ce prix pour moitié ».

Il résulte assez clairement de cet arrêt que le détournement du prix de vente du croît, quand une autorisation spéciale de vendre a été accordée par le bailleur, constitue un abus de confiance. Mais il en résulte aussi que, lorsqu'aucune convention n'a dérogé à la défense d'aliéner

(1) S. 1901. 1. 105.

(2) D. 1902. 1. 414.

de l'article 1812, le preneur n'encourt, en aliénant frauduleusement le croît, qu'une responsabilité civile.

Cette distinction a été reproduite dans un jugement du tribunal correctionnel de Loches, en date du 19 février 1910 (D. 1913. 2. 319) : un métayer avait vendu un jeune veau, et avait conservé par devers lui l'intégralité du prix. L'abus de mandat n'a pas été retenu : « attendu que la convention intervenue constitue le contrat de cheptel simple, prévu par l'article 1804 du Code Civil ; — que ce contrat a un caractère mixte, qu'il procède du louage pour le fonds du cheptel et de la société quant au croît ; — que le fait incriminé portant sur le croît ressortit aux règles du contrat d'association, qui ne figure pas dans l'énumération de l'article 408 du Code Pénal ». Et plus loin le jugement écarte l'idée de mandat expres, « puisque le bailleur lui-même se défend de tout consentement antérieur à la vente » et celle de mandat tacite « puisqu'il conteste tout avis préalable pouvant permettre d'apprécier son silence comme un acquiescement ».

Les solutions admises en matière de détournement de croît dans le cheptel simple, dictaient celles qu'il fallait adopter en matière de détournement dans le cheptel à moitié. Des deux côtés, en effet, il s'agit d'une société entre le bailleur et le preneur, la société comportant seulement un objet plus étendu dans la seconde hypothèse, puisqu'elle comprend le fonds de bétail lui-même.

La question a été soumise la première fois à la Cour de Cassation le 21 octobre 1932 (D. 1933. 1. 116). Dans l'espèce, chacun des contractants avait fourni la moitié des bestiaux. Les produits devaient être vendus par le bailleur et les profits, comme les pertes, partagés par moitié. Or, c'est le métayer qui, contrairement aux conventions, avait vendu la totalité du cheptel ainsi constitué. Il s'était de mauvaise foi approprié la totalité du produit de cette vente. La Cour d'Alger avait décidé qu'il s'agissait bien d'un contrat de cheptel à moitié, et la Chambre Criminelle, rappelant qu'aux termes mêmes de l'article 1818 du Code Civil, ce contrat est une société, en a déduit qu'il s'agis-

sant en l'espèce d'une véritable association, et non d'un louage, les sanctions de l'abus de confiance ne pouvaient recevoir application, « les dispositions de l'article 408 ne visant pas la violation du contrat de société ».

Il est probable que si le métayer avait, avant d'aliéner, demandé à son co-associé l'autorisation de le faire, la Cour de Cassation aurait décidé, comme elle l'a fait par l'arrêt précité du 15 avril 1899, que pareille autorisation obligeait le vendeur à « restituer la portion revenant au co-propriétaire dans le prix de vente des animaux dont s'agit, laquelle obligation ne peut résulter que d'un mandat spécial ».

M. Henry, dans une note au Sirey sous l'arrêt de 1932, essaie de justifier cette décision par le raisonnement suivant : « l'article 1820 du Code Civil décide que toutes les règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moitié. Par suite, il faut faire au cheptel à moitié l'application de l'article 1812 C. civ., décidant que le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau ou du croît sans le consentement du bailleur, le bailleur, de son côté, ne pouvant disposer qu'avec le consentement du preneur. Il résulte que si le preneur aliène sans le consentement du bailleur, il commet un abus de pouvoir. L'aliénation est nulle et sans valeur juridique. Le bailleur pourra en poursuivre l'annulation à l'égard des acquéreurs de mauvaise foi. Mais le preneur qui aura alors agi sans mandat ne pourra être poursuivi pour abus de confiance ».

En admettant même qu'en l'absence de consentement de la part du bailleur le mandat intervenu entre lui et le fermier soit nul d'une nullité absolue, et que cette nullité mette obstacle à l'application de l'article 408, il faut convenir que le métayer, en se constituant volontairement gérant des affaires communes, se soumet, suivant l'art. 1372 du Code Civil, à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le copropriétaire.

M. Roux (1) estime également que la vente frauduleuse

(1) Note au Sirey 1901. 1. 105 sous Cr. 15 avril 1899.

du cheptel à moitié, comme celle du croît dans le cheptel simple, ou le cheptel de colonat partiaire, ne peut être assimilée à un abus de confiance. Celui-ci pourrait exister si les parties avaient, après coup, modifié les effets du contrat qui les lie. Mais il lui semble qu'il en doit être tout autrement lorsque c'est au moment de la formation du contrat de cheptel que les parties conviennent d'en modifier les effets : il y aurait alors, non pas deux contrats superposés, mais un contrat unique, non pas attribution de pouvoir, mais modification des droits naissant du contrat. Le bailleur a beau ajouter au contrat une clause par laquelle il donne expressément à son métayer l'autorisation de vendre pour le compte de la société, cette autorisation ne peut qu'étendre les droits du contrat de cheptel, lequel ne figure pas dans la liste énumérative de l'art. 408 du Code Pénal. La théorie de la jurisprudence, dit-il, oublie et l'esprit qui a présidé à la rédaction du titre des contrats du Code Civil, et, d'une manière plus générale, le caractère essentiel de notre droit. En indiquant les règles d'un certain nombre de contrats principaux et usuels, les rédacteurs du Code Civil n'ont très certainement pas entendu présenter le type immuable de ces contrats, de sorte que tout changement apporté à leurs effets ne puisse valoir que soutenu et renfermé dans un contrat distinct. Ils ont, au contraire, simplement entendu indiquer les effets habituels des contrats décrits, pour dispenser les parties de les exprimer, mais en leur laissant la faculté de les modifier, tout en conservant aux contrats leur nom, leur nature et leurs actions : « On ne niera pas sans doute cette faculté ni cette conséquence. Si elles existent, il s'ensuit qu'il est aussi inélégant qu'antijuridique de supposer l'existence de deux contrats, là où la présence d'un seul contrat suffit pour tout expliquer et tout produire. A vrai dire, le système de la jurisprudence reporte notre droit bien loin derrière le Droit Romain. Tout formaliste qu'il était, le Droit Romain avait cependant fini par admettre que les pactes, adjoints in continenti à un contrat, faisaient corps avec lui, se fondaient en lui, et étaient

protégés par l'action du contrat. *Pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, disait le jurisconsulte Paul dans la loi 40, Dig. De reb. Cred., liv. 12, tit. 1^{er}. D'après la jurisprudence, notre Droit, qui a cessé d'être formaliste et qui ne connaît que des contrats de bonne foi, repousserait cette solution. Nous croyons plutôt que son caractère s'oppose à l'admission d'une supposition pareille, en contradiction avec la marche de son développement historique ; et nous ne pensons pas que le désir d'atteindre des fraudes, si condamnables qu'elles soient, doivent faire méconnaître les principes de notre législation civile ».

Cette argumentation ne nous paraît pas convaincante. Même si l'on refuse d'admettre l'existence d'un contrat accessoire au contrat principal de cheptel, il importe de ne pas oublier cette idée que le cheptel à moitié est une société civile et qu'aux termes de l'art. 1859 Code Civil, à défaut de stipulation contraire, « les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre ». Chaque associé est le mandataire tacite de l'autre. Le cheptelier qui aliène tout ou partie du bétail commun et qui ne fait pas raison au bailleur de la partie du prix qui revient à celui-ci, commet donc un abus de mandat.

Et puis n'est-il pas illogique de ne poursuivre correctionnellement que celui qui a détourné le prix du croît ou du cheptel communs après avoir demandé et obtenu l'autorisation de les vendre ? Pourquoi le cheptelier qui, de mauvaise foi, aliène le croît à l'insu du propriétaire échappe-t-il à l'action pénale ? Son acte n'en est que plus illégal et plus frauduleux.

Aussi certains tribunaux ont-ils essayé de réagir contre les fâcheuses tendances de la Cour Suprême, en assimilant le colon partiaire et le cheptelier à moitié au gérant d'affaires. Un jugement du tribunal de Loches notamment (1) a décidé que la vente du croît est un acte d'administration qui peut faire l'objet d'une gestion : « Atten-

(1) Loches 19 fév. 1910 (D, 1913. 2. 319).

du que le quasi-contrat de gestion d'affaires naît du fait même de la gestion et de la loi, et non de l'intention des parties ; — qu'il importe donc peu que celui qui a fait l'affaire d'autrui ait entendu agir tant dans son propre intérêt que dans l'intérêt d'un tiers, ou même dans une intention frauduleuse de spoliation, si en réalité le tiers était intéressé à l'acte de gestion et en a profité ».

Le tribunal rappelle ensuite que les obligations du gérant d'affaires sont celles de tout mandataire, et en déduit que le métayer ne peut se refuser à rendre compte du prix qu'il a touché après réalisation de la vente du bétail commun sans manquer à son devoir de gérant d'affaires et sans tomber sous le coup de l'art. 408.

Dans une espèce voisine, n'a-t-il pas été jugé que se rend coupable d'abus de confiance la personne qui, tenue d'administrer un fonds de commerce dans un intérêt commun et ayant la faculté de le vendre avec l'autorisation de sa co-contractante, à charge de lui verser la moitié du prix de vente, déclare mensongèrement avoir vendu le dit fonds à un prix très inférieur à celui réellement encaissé par elle, et conserve le produit de l'aliénation ? (1).

(1) Tr. Corr. Seine 6 juillet 1914 (le Droit 6 juil. 1915 — Gaz. Trib. 7 juil. 1915). Voir également en ce sens Trib. Corr. Vienne, 9 mars 1894 (D. 95, 1. 401 note Sarrut) — Contra Paris 17 nov. 1914 (Gaz. Trib. 23 juin 1917).

Co-propriété

La qualité de co-propriétaire ou de co-héritier n'exclut, pas plus que celle d'associé, la possibilité de l'existence d'un mandat et ne met pas obstacle à l'application de l'art. 408. Il suffit que l'objet détourné ou dissipé dont il avait la possession, lui ait été remis en exécution de l'un des contrats visés par cet article.

Un sieur Blandin avait hérité d'une succession comprenant, entre autres valeurs, deux billets de 800 francs. Il était détenteur de ces deux billets à titre de co-propriétaire et de co-héritier, et avait profité de cette situation pour obtenir du débiteur, en remplacement desdits titres, et à l'insu de ses co-héritiers, d'autres valeurs souscrites à son nom personnel. Les co-héritiers s'étaient aperçus que l'inventaire des biens successoraux était incomplet et avaient assigné Blandin au titre de l'art. 379 Code Pénal. La Chambre Criminelle, saisie du pourvoi, a jugé qu'il aurait fallu pour constituer le vol, qu'il y ait eu soustraction frauduleuse d'une chose qui n'appartint pas à celui qui est coupable du vol. Mais la véritable pensée de la Cour se révèle par les réserves qu'elle a eu soin de faire. Elle déclare, en effet, qu'elle statue « sans examiner si la circonstance de la détention par Blandin, et dans l'intérêt commun de la succession, des billets recelés ne constituait pas un mandat, et s'il ne serait pas résulté de la procédure des charges susceptibles de donner aux faits ultérieurs le caractère d'un abus de confiance » (1).

Un arrêt du 17 avril 1867 (D. 1867. 1. 268) a également effleuré la question. Un héritier avait dissimulé des valeurs successorales, dont le de cujus lui-même lui avait laissé l'administration pendant plusieurs années. Les co-héritiers ne s'étaient aperçu du détournement que lors de

(1) Cr. 1^{er} décembre 1848 (B. 298).

l'inventaire fait à la mort du receleur, lequel avait légué tous ses biens à un hospice. Dix ans s'étaient écoulés depuis les faits de détournement, et l'hospice soutenait que l'action en restitution était éteinte par suite de la prescription de l'action publique. La Cour d'Appel, pour repousser ce moyen, ne semble pas avoir nié l'abus de confiance ; elle s'attache plutôt à établir que l'action en restitution est distincte de l'action criminelle prescrite. Et la Cour de Cassation (1) a estimé que la dissimulation, par l'héritier, de tout ou partie des valeurs successorales ne constituait « en l'absence de circonstances précises de nature à lui en imprimer les caractères tels qu'ils sont rigoureusement déterminés par la loi pénale » que le recel prévu par l'article 792 Code Civil : l'action naissant de ce quasi-délit est soumise à la prescription trentenaire. Il n'y avait pas eu vol, en l'absence de déplacement de la possession au préjudice et contre la volonté des co-héritiers. En l'espèce, il n'y avait pas non plus abus de confiance parce qu'on n'avait « allégué l'existence ni d'un contrat de mandat ni d'un contrat de dépôt, avec remise des objets confiés à l'un de ces titres, à la charge de les rendre ou représenter ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé ».

Le mandat n'avait pas été allégué, mais il semble bien que, dans l'espèce, il avait été effectivement donné par le de cujus, désirant se décharger du soin d'administrer lui-même sa fortune. Ce mandat n'existât-il pas, que les co-héritiers pouvaient être considérés, par le fait même qu'ils avaient laissé volontairement les biens aux mains de cet administrateur, comme l'ayant tacitement chargé de procéder à toutes les opérations préliminaires du partage. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que le mandat soit donné, non seulement dans l'intérêt exclusif du mandant, mais tout à la fois dans son intérêt et dans celui du mandataire, que l'on désigne alors sous le nom de *procurator in rem suam*.

(2) Cass. 17 avril 1867. 1. 268).

Toute différente est l'hypothèse où l'héritier, conformément à l'art. 2010 du Code Civil, continue la gestion du défunt et s'approprie des choses qu'il reçoit des tiers, en cette qualité.

Dans ce cas, l'héritier conserve-t-il, au regard des tiers, la qualité de mandataire qu'avait le de cujus ?

Un arrêt de Cassation du 12 janvier 1866 (B. 13) l'a admis. Trois associés en participation avaient acheté et armé un navire, l'Ernestine, qui avait été séquestré par le gouvernement espagnol. Un des trois co-propriétaires, Daguzar, avait été chargé de poursuivre la liquidation de l'indemnité due, de ce fait, par ce gouvernement. Pendant les poursuites, Daguzar était mort, mais son fils avait continué les opérations et recouvré la créance. Cachant frauduleusement aux co-intéressés la mort de son auteur et ses actes personnels, Daguzar fils s'était approprié leur part d'indemnité. La Chambre Criminelle, devant qui avait été portée l'affaire, a décidé que si, en droit, il est naturel que le mandat fondé sur une confiance personnelle finisse par la mort du mandataire (article 2003 Code Civil), cette cause d'extinction n'est pas de l'essence du mandat, car la confiance peut, suivant l'intérêt des parties, s'accorder à l'héritier comme à son auteur. Elle a rappelé ensuite qu'aux termes de l'art. 2010, les héritiers du mandataire doivent donner avis de sa mort au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci. Notamment quand le mandataire a commencé de son vivant à exécuter le mandat, son héritier succède à son obligation et doit, en attendant, continuer ce que le mandataire a commencé. En agissant autrement, Daguzar fils s'était rendu coupable d'abus de confiance.

Certains auteurs (1) pensent cependant que l'obligation d'agir imposé à l'héritier en pareille circonstance ne dérive pas du mandat, mais d'une gestion d'affaires. D'au-

(1) Duranton (Cours de droit français t. 18 n° 293) ; Delamarre et Lepoitvin (traité de droit commercial t. 3 n° 283).

tres (1) font une distinction : si les choses sont encore entières au décès du mandataire, les actes de l'héritier ne se rattachent pas au mandat ; il en est autrement quand l'exécution du mandat avait été commencée par le défunt. et que l'héritier, placé en présence d'une nécessité urgente, a terminé l'affaire ou empêché, par des mesures conservatoires, qu'elle ne périlite.

La question n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt restreint. Le plus souvent, en effet, la jurisprudence assimile le gérant d'affaires malhonnête au mandataire infidèle, et lui applique les sanctions de l'art. 408.

(1) Troplong (Du mandat, n° 830) ; Domenget (du mandat, t. 1^{er} n° 680).

Contrat estimatoire et vente à condition.

« Il y a aestimatum ou contrat estimatoire, nous dit Accarias, lorsque je vous remets une chose pour la vendre et que vous vous engagez à me rendre ou la chose elle-même ou une estimation dès à présent convenue entre nous ».

Il arrive souvent qu'un négociant livre des marchandises à une personne pour que cette dernière puisse les montrer et les vendre à ses clients. Cette pratique est fréquente dans l'orfèvrerie. Elle présente pour le commerçant en gros l'avantage d'intensifier ses ventes en touchant une plus large clientèle, et pour l'accipiens, celui de n'avoir pas à payer les marchandises reçues, si celles-ci ne plaisent pas. Dans le cas où un choix entier lui aura été confié, il pourra restituer les invendus, son bénéfice consistant alors dans la différence entre le prix facturé (aestimatum) des marchandises placées et le prix auquel il aura réussi à les revendre.

La question est de savoir si cette convention constitue une vente conditionnelle, un contrat innommé ou un des contrats de l'article 408. Il est certain qu'on ne pourra poursuivre pénalement que dans ce dernier cas.

Les rédacteurs du Code Civil ne font nulle part allusion, même sous une forme détournée, à notre convention. Ils s'étaient sans doute, comme à l'ordinaire, inspirés largement de Pothier et, comme lui, avaient pu penser que :

Ou bien il fallait faire rentrer ce contrat, dans un but de simplification, dans l'un des contrats voisins, spécialement le mandat.

Ou bien, le contrat estimatoire étant un contrat de nature particulière, il y avait lieu de le réglementer spécialement comme l'avait déjà fait le Digeste.

Il est également permis de supposer, dans le silence des

textes, qu'ils s'arrêtèrent à une troisième solution. Après avoir, sous le titre troisième du Code Civil intitulé : « Des contrats et des obligations conventionnelles en général », rédigé l'art. 1107 aux termes duquel : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre », puis l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », les auteurs de la codification ont sans doute pensé pouvoir se dispenser de traiter d'une convention de trop peu d'importance, qui tenait si peu de place au Digeste, et que n'avait même pas examinée Domat.

On a, en tous cas, le sentiment d'une lacune que la jurisprudence elle-même, comme nous le verrons, n'a pas réussi à combler. Faut-il voir une vente pure et simple dans le contrat estimatoire ?

Selon Coccejo (1) et Keller (2), la propriété n'étant pas transférée, il ne peut y avoir vente. Mais il ne faut pas oublier que, même dans notre droit moderne, le transfert de propriété par le seul effet de la vente n'est pas de l'essence de ce contrat. La vente, dès l'accord des volontés sur la chose et sur le prix, serait réalisée alors même qu'une clause particulière aurait retardé la transmission de la propriété.

La véritable différence consiste en ce que, dans la vente, la volonté des contractants tend vers une aliénation à l'accipiens lui-même, tandis que, dans le contrat estimatoire, elle tend vers une aliénation à un tiers.

Le contrat estimatoire serait-il donc une vente à condition ?

Les avocats de l'inculpé ne manquent jamais de l'affirmer et certains arrêts l'ont admis.

C'est ainsi que le 22 juin 1860 la Cour de Cassation a rendu un arrêt dont il est intéressant de relever les passages suivants : « Attendu qu'on lit dans l'arrêt attaqué

(1) Coccejo, *Just. Civ. Controversum* liv. XIX titre III § III et IV.

(2) Keller, *Pandekten* § 354.

qu'il est établi que Pène a détourné au préjudice de la dame Quendet, des marchandises de bijouterie qui ne lui avaient été remises qu'à titre de dépôt et sous condition, à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix ; — attendu que, suivant l'art. 1915 C. nap., le dépôt est l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature ; — attendu que l'arrêt, en disant qu'il y avait eu remise des marchandises à la charge de les rendre ou d'en restituer le prix, implique, par cette alternative, une véritable vente à condition ; qu'une telle clause est exclusive du contrat de dépôt ; ..attendu que de l'état des faits résultant quant à présent, de l'arrêt et du jugement, on ne peut induire non plus aucune violation, de la part du demandeur, d'un contrat de mandat ; — par ces motifs annule » (1).

On remarquera tout de suite que l'arrêt a été cassé parce que le contrat intervenu avait été assimilé à un dépôt. Les conseillers d'Appel avaient sans doute voulu protéger l'usage qui se répandait déjà chez les marchands en gros et les fabricants d'établir des « dépôts » de leurs produits sur les principaux marchés, et faire peser une intimidation salubre sur des correspondants éloignés et difficiles à surveiller. La Chambre Criminelle estime qu'il y avait plutôt vente conditionnelle, mais se garde bien de motiver son opinion. Elle paraît même indiquer qu'elle n'aurait peut-être pas cassé la décision des premiers juges, si ceux-ci lui avaient fourni des éléments lui permettant d'entrer plus avant dans l'analyse de la convention, et de reconnaître à celle-ci les caractères du mandat.

Un arrêt de Toulouse du 9 juillet 1891 (2) décide également dans une espèce voisine qu'il ne saurait y avoir contrat de dépôt. La pièce remise par le plaignant à l'appui de sa demande était en effet ainsi conçue : « Reçu à condition, un litre de simili vernis à 5 francs le litre ; une douzaine de flacons du même produit à 1 fr. 50 le

(1) D. 60. 1. 471.

(2) D. P. 94. 2. 138.

flacon : 20 % de remise ». L'arrêt ajoute que ce contrat ne saurait non plus être considéré comme un mandat « ...attendu qu'il y a eu fixation définitive du prix, fixation de la commission que la prévenue aurait le droit de retenir, et faculté pour elle, puisqu'elle ne les a pris qu'à condition, de restituer les objets, si elle ne trouvait pas à les revendre ; qu'il y a là tous les éléments d'une véritable vente à condition, ayant mis les objets au risque de la prévenue... »

Cet arrêt ne nous satisfait pas. Il est évident qu'il n'y avait pas dépôt, mais pourquoi écarter le mandat du fait que le commerçant ne pouvait vendre à un autre prix que celui fixé, et devait se contenter d'une rémunération prévue et limitée ! Il semble bien, au contraire, que l'on n'aurait pu avoir de doutes sur l'existence du mandat que si ce commerçant avait eu complète liberté de vendre à sa guise. C'est ce qui a été décidé, avec plus de raison, par la même Cour de Toulouse (1) se basant, cette fois-ci, sur le caractère aléatoire du bénéfice pour écarter la possibilité de poursuivre en abus de confiance un commerçant qui avait passé avec un fabricant de vélocipèdes une convention aux termes de laquelle il recevait des bicyclettes pour les mettre en vente « à charge après les avoir vendues, d'envoyer au fabricant le prix auquel leur valeur avait été fixée ». Ce contrat, a estimé la Cour de Toulouse, ne peut être celui de mandat, « lequel, en matière commerciale, ne peut être que salarié, alors qu'il n'a été prévu entre les parties aucune rétribution pour rémunérer les soins du commerçant, dont le seul intérêt dans l'affaire consiste dans les chances d'une vente de vélocipèdes à un prix supérieur à celui qui a été fixé.

« Mais ce contrat constitue une vente conditionnelle ».

Sous quel genre de condition ces sortes de conventions ont-elles donc été conclues ? C'est ce que va nous dire la Cour de Douai (2) : « Attendu que le contrat intervenu ne

(1) Toulouse, 10 janv. 1906 (D. 1906. 5. 72).

(2) Douai, 28 fév. 1905 (D. P. 1906. 2. 442).

peut être considéré comme un mandat ; qu'il y a eu fixation définitive du prix, à faculté (pour le commerçant) de restituer les objets, s'il ne trouvait pas à les revendre ; qu'il y a là tous les éléments d'une véritable vente à condition, ayant mis les (objets) au risque du prévenu et lui en ayant transféré la propriété sous condition résolutoire ».

Plus récemment, le tribunal de Gap a également estimé que la convention par laquelle un fabricant remet à un marchand forain des marchandises, étant convenu qu'à une date déterminée ce marchand forain restituerait les marchandises invendues et verserait le prix du reste, constitue un contrat de vente, avec condition résolutoire pour tout ou partie des choses remises (1).

Est-ce à dire qu'il faille désormais assimiler le contrat estimatoire à la vente sous condition résolutoire ?

De nombreux arrêts se refusent à cette assimilation, dont le premier effet serait de mettre à l'abri de toute répression des intermédiaires sans scrupules, qui, profitant de la timidité avec laquelle certains tribunaux interprètent habituellement la loi pénale, seraient trop portés à décorer leurs détournements du nom d'insolvabilité et à s'approprier des marchandises dont ils savent pourtant que ne leur a été transmise que la possession précaire.

Lorsqu'on recherche en effet quelle a été l'intention véritable des parties, on est obligé de reconnaître que si le marchand en gros a consenti à se dessaisir d'objets de valeur sans en exiger le paiement immédiat, c'est parce qu'il entendait bien en rester le propriétaire. De son côté, le petit commerçant qui reçoit « en dépôt », dans son magasin, des assortiments complets de bijoux précieux ou des lots importants de marchandises, n'a pas, le plus souvent, la volonté de les acquérir pour son compte personnel ; il n'entend pas décaisser des sommes parfois considérables pour un stock qui risque de lui rester. Négliger ces considérations, ce serait oublier le but écono-

(1) Gap, 4 février 1927 (La Loi, 11 fév. 1927).

mique de l'opération. Avec le contrat estimatoire, l'intermédiaire peut, sans risques, faire bien plus d'affaires que ne lui permettraient ses moyens financiers. La stipulation d'un prix, d'une estimation, ce n'est pour lui qu'un moyen commode de fixer à l'avance le bénéfice qu'il pourra retirer de l'opération.

Le contrat estimatoire ressemblerait davantage à une vente sous condition suspensive.

On a prétendu que cette condition serait nulle, comme purement potestative, et rendrait nulle la convention qui en dépend (1). Mais la condition dont est affecté notre contrat est en réalité une condition suspensive mixte. Les marchandises remises « à condition » ne doivent pas, en effet, être achetées par l'accipiens lui-même, mais par un tiers, et le fabricant, pas plus que l'intermédiaire, ne peuvent savoir, à l'avance, si ce tiers achètera. Le vendeur sous condition suspensive reste propriétaire jusqu'à l'échéance de la condition, et la chose demeure à ses risques. Il ne peut, tant que la condition reste en suspens, exiger du débiteur le paiement du prix. Le fisc, jusqu'à cette échéance, ne peut rien réclamer (2). Et on pourrait, en toute logique, poursuivre en abus de confiance l'intermédiaire qui, n'étant pas encore propriétaire, a déjà la détention précaire, de même qu'on poursuit le vendeur d'objets mobiliers qui, n'étant plus propriétaire, est resté en possession des meubles vendus (3).

Malheureusement, un seul arrêt (4) a envisagé le problème sous cet angle, et il n'a pas tranché la question de savoir si, pendente conditione, un détournement est possible. La condition avait, en l'espèce, été immédiatement réalisée : « Sur le moyen pris... en ce que l'arrêt entrepris a considéré que la remise des bijoux a été faite à titre de

(1) Voir M. G. Dudan, « Le contrat estimatoire en droit français moderne ». Thèse 1933, page 125.

(2) Baudry Lacantinerie et Saignat, De la vente et de l'échange, n° 142.

(3) Cass. 14 sept. 1855 (B. 321 - S. 55. 1. 851) : Cass. 18 juil. 1862 (B. 176 D. 62. 1. 548).

(4) Cass. 27 mai 1910. (Gaz. Pal. 1910. 2. 29).

vente, alors que la vente n'ayant été conclue que sous condition suspensive, leur remise immédiate avant l'événement de ladite condition constituait un dépôt ; ...attendu que si la vente des bijoux dont il s'agit a été faite sous la condition suspensive de l'acceptation desdits bijoux par la dame Raymondaut (qui n'était pas partie au contrat), la réalisation immédiate de cette condition n'est pas contestée dans la cause ; qu'aux termes de l'art. 1179 C. civ., la condition accomplie rétroagit au moment où l'engagement a été contracté ; qu'ainsi la vente était parfaite et la propriété des bijoux était transférée au prévenu lorsqu'il a opposé à la demanderesse le refus de restitution qui a donné lieu à la poursuite ; qu'il suit de là que la décision de relaxe est légalement justifiée ».

M. Roux, dans une note au Sirey 1911. 1. 481 (1), a tenté de son côté une analyse de notre contrat dans un sens assez satisfaisant.

Il y aurait promesse de vente, précédée d'un autre contrat. En effet, dit-il, la personne qui se fait remettre les marchandises ne s'engage nullement à les acheter. Mais le marchand qui les remet avec indication de leur prix, accepte de les laisser à l'accipiens, si celui-ci paye le prix marqué ; il est donc obligé, il est tenu. Il y a de sa part une promesse unilatérale de vente. Il suffira que l'accipiens déclare ensuite que les marchandises lui plaisent — ou que certaines lui plaisent — pour convertir, sur les objets agréés, la promesse de vente en un contrat de vente.

(1) Cass. 27 nov. 1909 — Dans l'espèce, un commerçant s'était fait livrer par des négociants en gros plusieurs lots de tapis d'Orient, afin de pouvoir les examiner à loisir et fixer définitivement son choix. Le jour même, il les avait revendus à des prix inférieurs, de plus des deux tiers, au prix qu'il s'était engagé de payer. La Chambre criminelle l'a déclaré coupable « d'abus de dépôt », car il avait la garde des marchandises et devait conserver celles-ci jusqu'au moment où il aurait fixé son choix. Il y aurait eu abus de mandat si ce choix avait dépendu d'un tiers.

...La possession précaire avait été transférée.

Si au contraire, le commerçant avait examiné les tapis en question chez les négociants, et avait profité d'un moment d'inattention pour s'enfuir en les emportant, il n'aurait pu être poursuivi que pour vol, car il n'aurait eu, des marchandises, qu'une simple détention, pur fait dénué de tout effet juridique (Garçon, art. 379 n° 53).

Si, enfin, les détournements, les « carambouillages » s'étaient plusieurs fois reproduits, on aurait pu envisager des poursuites en escroquerie, pour prise de la fausse qualité de commerçant.

Continuant l'analyse, M. Roux essaie de différencier les remises à condition des ventes *ad gustum* de l'art. 1587 C. Civil. Il n'y a pas, dit-il, avec ces dernières, de déplacement de la marchandise, de tradition ob causam, faite en vue de permettre la conclusion du contrat de vente. Or, c'est cette remise qui donne à notre contrat sa physionomie particulière, et d'autre part cette remise ne peut être rattachée à la seule promesse de vente. L'obligation du promettant est seulement d'avoir à passer la vente, si l'acheteur le requiert ; elle ne comprend pas, en outre, le dessaisissement. Celui-ci « éveille donc l'idée d'un contrat préalable à la vente, contrat par lequel le marchand remet au futur acheteur des marchandises pour qu'il les examine, ou les fasse examiner par un tiers, à charge de les restituer, si la vente ne se conclut pas ». Et plus loin : « Comme promesse unilatérale de vente, l'opération appelée vente à condition n'est pas protégée par l'art. 408 C. P. Mais en tant que renfermant un contrat de remise, elle pourra le devenir, si ce contrat est un de ceux qu'indique ce texte ». Toute la question est donc de savoir si la remise concomitante à la promesse de vente peut être assimilée à un dépôt ou à un mandat. A cet égard, les juges du fond ont toute latitude : leur appréciation ne pourra être réformée par la Cour Suprême que s'ils ont, sous prétexte d'interprétation, dénaturé une clause claire et précise de la convention, ou s'ils se sont manifestement trompés dans la qualification du contrat.

Ces idées de M. Roux n'ont pas tardé à porter leurs fruits : le 1^{er} mai 1912, quelques mois après la parution de la note au Sirey, le tribunal correctionnel de Vervins décide que l'on doit analyser la convention par laquelle on confie un tableau à un antiquaire, pour qu'il cherche acquéreur, et à charge de le restituer ou de payer l'estimation qui en a été faite, en un double contrat de promesse de vente et de mandat (1).

(1) Vervins 1^{er} mai 1912 (Gaz. Pal. 1912. 2. 95).

On remarquera que la décision du tribunal de Vervins est unique.

En matière de vente à condition, les tribunaux ne se sont pas montrés aussi hardis qu'en matière de location-vente. Celle-ci peut pourtant s'analyser, tout comme la première convention, en une promesse de vente accompagnée d'un autre contrat, louage ou nantissement. Le fabricant reste propriétaire jusqu'au paiement des dernières traites, et ce n'est qu'à partir de ce moment que l'accipiens peut disposer de la chose sans tomber sous le coup de l'article 408 du Code Pénal (1).

La diversité des décisions jurisprudentielles s'explique sans doute par la diversité des espèces sur lesquelles elles ont eu à s'exercer, et par l'obligation qu'ont les juges de rechercher dans les conventions, conformément à l'article 1156 du Code Civil, « quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

Il serait donc vain de rechercher s'il y a eu évolution de la jurisprudence en notre matière. Les contingences d'espèce n'ont jamais pu être ramenées à un cadre théorique pré-établi.

Le juge correctionnel n'est pas lié par les qualifications qu'il a plu aux parties de donner à leurs conventions, et il a le pouvoir de définir celles-ci d'après ce qu'il croit être leur caractère véritable. Cette règle est nécessairement cause de contradictions tout au moins apparentes, dont voici un exemple :

Le 15 février 1898, le Tribunal Correctionnel de la Seine (2) relaxe du chef d'abus de confiance une tenancière de kiosque qui, après avoir loué à des lecteurs de passage des numéros du « Figaro », les avait ensuite retournés comme invendus, et se les était fait rembourser par l'adminis-

(1) Rouen 30 mars 1882 (Gaz. Pal. 8 janv. 1883) ; Cass. 19 juin 1903 (D. 1905. 1. 487) ; Orléans 26 janv. 1904 (Gaz. Trib. du 19 mars) ; Montdidier 24 mars 1904 (J. La Loi du 28 avril) ; Cass. 19 oct. 1916 (B. 216) ; Paris 4 janv. 1932 (D. H. 139) ; Seine 12 mai 1933 (Gaz. Pal. 1933. 2. 900) ; Caen 17 mai 1934 (Gaz. Pal. 1934. 2. 263).

(2) D. 1898. 2. 88.

tration du journal « attendu que la convention intervenue présente tous les caractères d'une vente à condition, pour les numéros invendus et restituables in specie ».

Le 23 décembre 1869, au contraire, la Cour de Cassation (1) avait considéré que constituait l'abus de mandat le fait d'un colporteur qui avait détourné les journaux qu'on lui avait confiés pour qu'il les vende sur la voie publique, à condition de remettre, chaque matin, le prix des exemplaires vendus et les exemplaires restants (2).

Il est d'ailleurs intéressant de constater que la Cour de Cassation a tendance à admettre, plus largement que les Cours d'Appel et les Tribunaux Correctionnels, la qualification d'abus de confiance dans les hypothèses de contrat estimatoire.

Nous avons déjà signalé une décision de la Chambre Criminelle (3) casant un arrêt de la Cour de Paris qui avait assimilé le contrat estimatoire au contrat de dépôt, mais réservant en même temps la possibilité de poursuites correctionnelles en abus « de mandat ». Le 2 décembre 1892, dans une affaire tout à fait semblable, la Cour Suprême a été plus loin et a formellement retenu l'abus de confiance : le prévenu avait obtenu la livraison de marchandises, qu'il avait immédiatement cédées à un brocanteur. Il avait allégué qu'il avait à fournir plusieurs corbeilles de mariage et avait promis de rendre dans le plus bref délai tout ce qu'il n'aurait pas vendu. Or « le droit d'examiner ces marchandises, de les apprécier et de choisir celles qui conviendraient à sa clientèle impliquait le pouvoir de les montrer à ses clients et de les faire choisir eux-mêmes : le contrat ainsi analysé présentait le caractère, non d'une vente conditionnelle mais d'un mandat ».

Le conseiller Accarias avait soutenu, dans cette affaire, que le contrat n'était ni un prêt à usage, contrairement à ce qu'avait décidé l'arrêt de la Cour de Chambéry, objet

(1) D. 1870, I, 374.

(2) Voir également Douai, 19 fév. 1900 (D. 1900, 2, 483).

(3) Cass., 23 juin 1860 (D. 60, I, 471 — S. 60, I, 917).

du pourvoi, et la Cour de Cassation elle-même (1) dans une espèce, il est vrai, assez particulière... ni un dépôt (il n'y avait pas charge de restituer en nature) ...ni un mandat, pour cette raison que le prévenu présentait les bijoux et les vendait en son propre nom, non pas par conséquent pour le compte du mandant... mais un contrat innommé ne rentrant pas dans l'énumération de l'art. 408 C. P. Et le conseiller rapporteur ajoutait qu'on ne saurait transporter du droit civil dans le droit pénal le principe d'après lequel les règles d'un contrat nommé devraient être étendues par analogie aux contrats innommés qui lui ressemblent, et que, même si l'on admettait ce principe contestable, il faudrait convenir que le contrat le plus proche était certainement la vente.

La Chambre Criminelle n'a pas adopté cette façon de voir. Sa décision n'est pas très motivée. La raison en est sans doute qu'elle est de peu postérieure à une autre décision rendue dans le même sens le 18 décembre 1882 (2).

Ce dernier arrêt, extrêmement important, doit être reproduit en entier : « Sur le moyen tiré de la violation, par fausse application de l'art. 408 C. pen., en ce que le délit d'abus de confiance, par abus de mandat, ne pouvait être légalement déclaré à la charge du prévenu, le contrat sur la violation duquel il repose constituant une vente à condition et non un mandat : ...Attendu que l'arrêt attaqué, appréciant la convention commerciale intervenue entre les parties, a déclaré souverainement que Dervilles, commissionnaire en marchandises, a reçu de ses commettants les marchandises objet du détournement, pour en opérer, moyennant salaire, la vente à des tiers pour le compte desdits commettants ; — que l'arrêt ajoute expressément que, dans l'intention des parties, la convention qui est intervenue entre elles n'avait pas pour effet de transférer la propriété des marchandises à Dervilles ; — attendu, il

(1) Cass. 8 nov. 1866 (B. 227 — S. 67. 1. 340 — D. 67. 1. 359).

(2) D. 83. 1. 230 — voir également Cass. 27 nov. 1866 (B. 237)

est vrai, que la remise des marchandises était accompagnée d'une fixation de valeur ; mais que cette fixation n'était pas faite à titre de prix de vente conditionnelle, puisque le contrat n'avait pas opéré transmission de propriété ; qu'elle avait uniquement pour objet de déterminer, au moyen d'un prélèvement sur le prix de vente, le règlement de la somme à payer à Dervilles, à titre de salaire dans le cas d'accomplissement du mandat conféré par le contrat ; — attendu que, dans ces conditions, Dervilles était un véritable commissionnaire dans le sens de l'art. 94 Code Com., agissant sous son nom personnel, mais pour le compte d'autrui, et ayant, dans ses rapports avec son commettant, la qualité de mandataire salarié ; — que l'arrêt attaqué, en le condamnant pour abus de confiance à raison du détournement par lui opéré, de marchandises qui ne lui avaient été remises qu'à titre de mandat, loin d'avoir violé l'art. 408 C. P., en a fait, au contraire, une exacte application : — rejette ».

Le demandeur au pourvoi avait d'abord soutenu qu'il y avait eu accord des volontés sur la chose et sur le prix, que la vente était dès lors parfaite, et qu'il ne pouvait détourner une chose dont la propriété lui avait été transmise.

Si l'on admet, en effet, avec la Cour de Douai et le tribunal de Gap, qu'il y a une vente sous condition résolutoire, le détournement est impossible.

Mais c'était aux juges du fond et à eux seuls qu'il appartenait d'interpréter le contrat intervenu, d'apprécier s'il emportait ou non transmission immédiate de la propriété et de décider en conséquence si l'abus de confiance pouvait ou non être retenu.

Or, les premiers juges, comme les juges d'appel, avaient constaté dans leurs motifs que dans « l'intention du (bijoutier), au moment de la remise, la propriété des marchandises n'était pas transférée même conditionnellement, à Dervilles ». Cette constatation souveraine du fait suffisait à écarter le premier moyen du demandeur.

Aussi bien celui-ci soutenait-il également qu'il ne pouvait y avoir mandat, et il invoquait à cet égard la loi romaine : « Dans une espèce absolument identique, où un objet est remis à un tiers avec désignation d'un certain prix pour le vendre, en convenant que le tiers gardera pour lui l'excédent du prix fixé lors de la remise, les lois romaines décident que l'opération ne saurait être qualifiée de mandat ». C'est incontestable. Mais si, en droit romain, il n'y avait pas mandat, c'est parce que cette convention était expressément réglementée sous le nom d'aestimatum. Les romanistes sont d'accord pour penser que c'est le prêteur qui commença à sanctionner celui-ci par une action *in factum decretalis*. Labeon se demandait déjà si on se trouvait en présence d'une location *rei* ou d'une *locatio operis faciendi* (1), et on en trouve de nombreux vestiges dans les textes du Digeste, ce qui tend à prouver qu'elle était d'un usage courant à l'époque classique. La raison pour laquelle l'aestimatum existait à côté du mandat, c'est que le mandat était alors un contrat essentiellement gratuit. « *Mandatum nisi gratuitum, nullum est, nam originem ex officio et amicitia trahit* ».

Notre droit actuel admet au contraire le mandat salarié. A ce point de vue, la seconde objection du demandeur au pourvoi n'avait pas plus de portée que la première. En réalité, le contrat estimatoire ressemble à l'opération que nous désignons aujourd'hui sous le nom de commission : et le commissionnaire, bien qu'agissant en son nom personnel, est, dans ses rapports avec son commettant, un véritable mandataire. Ce qui pouvait permettre un instant la confusion, c'était le mode de salaire consenti au sieur Dervilles qui ne touchait pas un tant pour cent. Mais il ne faut pas oublier que, dans le contrat de commission, le salaire est réglé d'après la convention, et les modifications qu'il reçoit n'affectent en rien le caractère du contrat. « Il pourrait être conventionnellement supprimé, dit M. Bedarride dans son traité des commissionnaires (1882

(1) D., XIX, 5. 1. 1).

p. 182) ; il peut à plus forte raison, subir toute espèce de modifications. Il est donc facultatif aux parties de convenir qu'il ne consistera que dans la différence entre un prix déterminé et ce que produira la vente, c'est-à-dire que le commissionnaire retiendra ce qu'il aura retiré en plus ».

C'est ce qu'a admis la jurisprudence à plusieurs reprises. Ainsi a été considéré comme commissionnaire un individu qui avait reçu des vins, pour les vendre, et avait garanti à son fournisseur un prix de vente minimum avec cette clause qu'il aurait droit à la moitié des bénéfices résultant de l'écart entre l'estimation convenue et le prix obtenu des acheteurs (1).

La Cour d'Aix, le 9 novembre 1877, a de même condamné pour abus de confiance un individu qui avait reçu, pour la vendre, une certaine quantité d'huile. Son bénéfice devait consister dans la différence entre le prix convenu avec le producteur et celui de la vente. C'est le type même du contrat estimatoire (2).

Il en serait encore ainsi, alors même que l'accipiens se serait porté garant de la solvabilité des tiers acquéreurs et se serait obligé, dans tous les cas, à payer à son commettant le prix des marchandises remises (3).

Mieux encore, l'intermédiaire continuerait à encourir les pénalités de l'art. 408 dans le cas où il aurait sollicité de son commettant qu'on fit traite directement sur lui au fur et à mesure des expéditions (4) : « attendu que ce jeu de traites, établies sur la base d'un prix minimum, ne constituait en définitive qu'un règlement provisoire qui ne dispensait en aucune façon le prévenu de rendre compte des ventes par lui effectuées à la maison Crest et Cie ». Cet arrêt, rendu par la Cour d'Alger, n'est d'ailleurs pas très clair. Le prévenu avait soutenu qu'il y avait vente, la

(1) Cr. 18 juin 1895 (B. Cr. 181).

(2) S. 73. 2. 24 — Voir également une décision de la Chambre Criminelle en date du 27 janv. 1934 statuant dans une espèce analogue — Gaz. Pal. 1934. 1. 567.

(3) Paris 27 juil. 1897 (J. La Loi 27 oct. 1897).

(4) Alger 18 fév. 1926 — Gaz. Pal. 1926. 1. 719.

Cour a estimé qu'il y avait « mandat donné par la partie civile audit prévenu de vendre à la commission pour son compte ». En l'absence d'éléments suffisants d'appréciation, il est difficile de se rendre compte si le contrat intervenu n'était pas en réalité un contrat estimatoire. En tout état de cause, on peut en retenir que la fixation d'un prix minimum au profit du fournisseur et même le paiement immédiat de tout ou partie de ce prix minimum ne fait pas disparaître la possibilité de poursuites correctionnelles en abus de mandat.

L'intermédiaire, dans toutes les hypothèses précédentes avait la liberté de vendre à un prix quelconque, et on aurait compris que les juges hésitent à le considérer comme un simple mandataire. Lorsque le négociant en gros aura fixé à l'avance le prix de vente à la clientèle particulière, alors aucun doute ne sera plus permis, il y aura incontestablement mandat.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation en date du 25 avril 1925 (1) a admis l'abus de confiance dans une affaire où une société de pneumatiques avait « livré au sieur Tournadre des stocks de pneumatiques pour les vendre en leur nom personnel ; mais à charge d'en remettre le prix à ladite société... Attendu que les frères Tournadre... étaient de véritables commissionnaires au sens de l'art. 94 C. Com. ; qu'ils avaient ordre de vendre les marchandises à des prix, non point fixés par eux, mais imposés par leurs commettants, qu'ainsi, encore bien qu'ils vendissent en leur nom propre, ils agissaient pour le compte d'autrui, et dès lors étaient investis d'un mandat commercial ».

Pour M. Legris, conseiller rapporteur, le contrat dont s'agissait n'était pas un contrat de mandat civil. « Pourquoi ? Aux termes de l'art. 1984 C. Civ. le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le mandataire n'agit point en son nom et pour son

(1) Gaz. Pal. 1929. 1. 813.

compte personnel ; il n'oblige que le mandant. Eh bien, dans l'espèce, les frères Tournadre n'agissaient point au nom de la société Dunlop en vertu de l'art. 1984, puisque les marchandises reçues d'elle, c'est eux et eux-mêmes qui les vendaient ». Les frères Tournadre vendaient, aux tarifs et conditions de la société, mais sous leur responsabilité personnelle « ...d'où il suit que les ventes de marchandises sont un acte de commerce personnel des stockistes et non pas un acte de commerce accompli par la société Dunlop sous le simple couvert du nom des stockistes ».

Nous avons vu que tous les auteurs ne partagent pas cette façon de voir. Pour beaucoup, l'essence du mandat n'est pas tant la représentation du mandat par le mandataire, que la mission donnée par une partie à l'autre de faire, à sa place, un ou plusieurs actes juridiques, sans que ce pouvoir implique une idée de représentation.

M. Legris estime que le contrat qui liait les inculpés et la partie civile était un contrat de commission. Nous le pensons également, car le commissionnaire — aux termes de l'art. 94 du C. Com. — c'est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant ; les prévenus répondaient parfaitement à cette définition. Mais était-il bien nécessaire d'opposer l'un à l'autre le contrat de mandat et le contrat de commission, qui présentent entre eux tant d'analogies ? L'art. 94 du Code Com. lui-même ne porte-t-il pas, dans son alinéa 2 : « Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit **au nom du commettant** seront déterminés par le Code Civil » ? Certains auteurs (1) et certains arrêts (2) ne soutiennent-ils pas que tout mandat donné en vue d'une affaire commerciale constitue un contrat de commission, sans même qu'il y ait lieu de rechercher si l'intermédiaire agit en son propre nom ou au nom d'autrui ? Et surtout

(1) Delamarre et Le Poitevin t. 2. n^{os} 29 et 30 — Clamageran n^o 344 — Ruben de Couder, commission n^o 140 — Boistel n^{os} 512 et 516.

(2) Civ. 23 avril 1816, Répertoire alphab. Dalloz 130 et 144 — Req. 14 juin 1877 (D. 78. 1. 475) — Req. 5 mars 1906 (D. 1909. 1. 1. 375).

n'est-il pas universellement admis que la distinction entre le cas où le commissionnaire opère en son nom, et celui où il a agi au nom du commettant, n'a d'importance qu'au point de vue des effets des actes du commissionnaire à l'égard des tiers ? que cette distinction n'a aucune importance au point de vue des rapports du commettant et du commissionnaire, ceux-ci étant régis par les dispositions du Code Civil ?

Ces dernières considérations avaient été longuement développées dans l'arrêt de Cassation du 18 décembre 1882, que nous avons reproduit en entier, et dont M. Legris n'a pas manqué de faire état. L'arrêt du 25 avril 1925 reste dans la voie qui avait été tracée, et décide que le commissionnaire est investi d'un véritable mandat commercial qui le fait tomber sous le coup de l'art. 408 C. P.

Il y a également contrat de commission, et non vente conditionnelle, lorsque la rémunération de l'accipiens est fixée à l'avance et doit consister en un tant pour cent sur le produit de la vente (1).

De même si un voyageur de commerce a reçu de son patron des marchandises « à titre d'échantillons » et s'est engagé à les restituer ou à en rembourser le prix facturé il pourra, s'il abuse de cette variété d'aestimatum, se rendre coupable d'abus de mandat (2).

En résumé, il se dégage des arrêts et des jugements cités cette idée que les juges se refusent à s'arrêter aux termes mêmes employés dans les conventions litigieuses.

(1) Lyon 11 juin 1923, (Mond. jud. Lyon 26 novembre 1923) : « Le contrat a le caractère d'un mandat et non d'une vente conditionnelle, lorsque celui qui a fait la remise de la chose doit en rester propriétaire, et que la vente en est effectuée pour son compte, le prix demeurant immédiatement sa propriété, déduction faite de la rémunération due au mandataire ». Voir également en ce sens un jugement fortement motivé de la Seine en date du 17 nov. 1911 (Gaz. Pal. 1912. 1. 15).

(2) Cass. 21 avril 1918 : « Attendu que les coupes de faille confiées à la veuve J. lui avaient été remis à titre d'échantillons, afin de lui permettre de les présenter à ses clients personnels et d'arriver par ce moyen à la vente d'un lot de 2.000 mètres de faille, avait eu lieu à titre de mandat et non à titre de vente conditionnelle » (D. P. 98. 1. 433 et la note). Voir aussi en ce sens Cr. 27 fév. 1846 (D. P. 46. 1. 128) ; 17 nov. 1866 (D. P. 68. 1. 142).

Ils recherchent ce qu'il y a derrière les mots « remis en dépôt », « vendu à condition », remis « en consignation », etc., ils recherchent quelle a été l'intention véritable des parties. Leur décision dépendra des circonstances de fait. Si l'effet du contrat a été de transmettre la propriété à l'accipiens, on ne le poursuivra pas devant les tribunaux correctionnels ; le vendeur serait mal venu à invoquer des dispositions pénales qui ne sont pas édictées pour sauvegarder des intérêts qu'il a imprudemment dirigés.

S'il est reconnu au contraire que le tradens a voulu conserver, jusqu'au paiement du prix convenu, la propriété des marchandises remises, il faudra rechercher en vertu de quel contrat la livraison s'est faite et il semble bien que le contrat estimatoire ressemble singulièrement au contrat de commission. Sur ce point, nous l'avons dit, les constatations du juge du fond sont souveraines et la Cour de Cassation n'interviendra que s'il y a dénaturation évidente des clauses de la convention et de la volonté des parties.

M. Pierre Lespinasse, procureur de la République à Toulouse, après avoir excellemment analysé les principaux types de ventes conditionnelles (1), et bien marqué la nécessité de soumettre ces contrats à l'application de l'art. 408 du Code Pénal afin d'assurer le Crédit Commercial, termine son article par une conclusion que nous nous approprierons : « Le temps qui ruine les axiomes, dit-il, et qui modifie peut-être jusqu'à l'essence même des choses, exerce son action transformatrice sur les phénomènes sociaux, sur les théories juridiques, sur le sens des mots dont nous nous servons. Pour ce qui est des mots, il est bon d'en dresser parfois des nomenclatures, de les peser au trébuchet d'une observation précise et minutieuse, sous peine de s'apercevoir brutalement un jour qu'ils ne correspondent plus aux réalités.. Cette révision s'impose avec une rectitude particulière lorsque les mots désignent des

(1) Chronique parue au Recueil de l'Académie de législation de Toulouse 1922-1923.

contrats... Les simples contrats qui se sont posés à l'origine du droit contemporain, sous l'empire de la complexité sans cesse accrue des tractations civiles ou commerciales, ont vu leur aspect se compliquer étrangement. Il est indispensable de rechercher si cette complication est simplement modale ou si, au contraire, elle provient de ce qu'un contrat inexprimé s'incorpore au contrat principal. Des erreurs issues d'un faux sens donné à des mots pourraient avoir des conséquences incalculables, et surtout elles aboutiraient tôt ou tard, en occasionnant des décisions de jurisprudence difficilement soutenables qui constitueraient de véritables dénis de justice, à tuer chez les peuples ce respect des lois qui est la sauvegarde des sociétés ».

Le détournement

Notion générale

L'art. 408 du Code Pénal ne sanctionne pas indistinctement toute violation du contrat de mandat. L'inexécution même dolosive de ce contrat peut ne donner naissance qu'à une action civile. Il n'y a délit que lorsqu'il y a violation du droit de propriété. Ce n'est que lorsque le mandataire dispose en maître de la chose qui lui a été confiée, qu'il se rend coupable d'abus de confiance.

Le détournement (de *distrahere*, distraire un objet de sa destination), c'est l'intervention frauduleuse de la possession précaire en une possession *animo domini*.

C'est en effet dans la théorie juridique de la possession qu'il faut chercher la définition exacte du détournement.

D'après l'art. 2228, « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ».

Dans notre ancien droit, les choses corporelles étaient seules susceptibles d'une véritable possession ; les choses incorporelles, comme les créances, n'admettaient que la quasi-possession. Ainsi qu'on a pu le voir par la lecture de l'art. 2228, ce texte ne distingue plus la quasi-possession de la possession.

Ce qu'il importe plutôt de distinguer en notre matière, c'est la possession proprement dite, la détention précaire, et la détention purement matérielle de la chose.

La définition de l'art. 2228 ne s'applique qu'aux possesseurs proprement dits, c'est-à-dire à ceux qui ont l'*animus domini*, qui ont la volonté de se comporter comme titulaires du droit de propriété. C'est dans ce sens que Pothier, à qui le Code Civil a emprunté sa définition, disait : « Il ne faut pas confondre avec la possession naturelle, la détention de ceux qui détiennent la chose pour un autre et au nom d'un autre, tels que sont des locataires, des dépositaires ou des mandataires. La détention qu'ont ces personnes de la chose qui leur a été déposée ou confiée à titre de mandat n'est qu'une pure détention, *mera custodia*, et n'est pas même une possession purement naturelle ; car, détenant la chose, non en leur nom, mais au nom de celui qui la leur a louée ou donnée en dépôt, la détenant comme ses locataires, ses dépositaires, c'est celui qui la leur a louée ou donnée en dépôt qui la possède par leur ministère, c'est lui qui a la possession de cette chose ».

Si le possesseur doit avoir l'*animus rem sibi habendi*, il n'est pas nécessaire qu'il exerce lui-même le *corpus*, qu'il ait le maniement personnel de la chose.

Le détenteur précaire, au contraire, a toujours le *corpus*, mais il n'est nanti de la chose qu'en vertu d'un titre exclusif de toute prétention personnelle à la propriété, et impliquant reconnaissance du droit d'un tiers. On le désigne parfois sous le nom de possesseur précaire. Mais les articles 2230, 2234, 2236 opposent celui qui possède pour lui-même et celui qui possède pour autrui : l'article 2236 dit que ce dernier détient précairement et ne prescrit jamais. Il est évident que l'article 2228 ne vise que le premier ; le second, possédant pour autrui, n'est pas un possesseur. « Posséder pour autrui, dit très bien Marcadé, bien loin de signifier être possesseur, signifie au contraire être seulement l'agent et l'instrument du possesseur, et par conséquent, n'être pas possesseur » (1). Il vaut donc mieux ne pas désigner celui qui détient sans l'*animus*

(1) Pothier, *Possession* n° 15 ; Marcadé, *Revue critique* 1854 p. 460.

domini par le nom de possesseur, même en y ajoutant le qualificatif de précaire.

Ihering (1) et certains auteurs (2) ont soutenu que le droit romain n'aurait pas établi de distinction théorique entre la possession et la détention, les prétendus détenteurs n'étant en fait que des possesseurs non protégés par la loi. Les textes romains ne visaient en effet que l'*animus possidenti*. Mais pour ce qui est du Code Civil, il ne paraît pas douteux qu'il se soit attaché à la notion de la possession impliquant l'*animus domini* : c'était la solution dominante à la fin de notre ancien droit.

Lorsque la chose est remise momentanément entre les mains du détenteur sans que le véritable propriétaire ait eu l'intention de lui en transférer la possession civile ou précaire, il y a détention purement matérielle.

La notion de détournement tient tout entière dans ces principes.

Celui qui usurpe, contre le gré du maître, la véritable possession, dans ses deux éléments simultanés et concomittants du *corpus* et de l'*animus*, commet un vol.

Le simple détenteur qui s'approprie la chose qu'il a matériellement en son pouvoir, mais qui ne lui a été remise qu'à titre de simple communication, usurpe en réalité une possession qui ne lui a pas été transmise et commet également un vol. L'hypothèse la plus fréquente est celle du débiteur qui se fait remettre, sous prétexte de l'examiner avant de payer, soit le titre de sa créance, soit la quittance, refuse de les restituer et se prétend libéré (3).

Celui qui obtient la remise de la chose par des manœuvres frauduleuses commet une escroquerie. Le dol n'em-

(1) Ihering, Du rôle de la volonté dans la possession (trad. de Meulenaere). Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde (Oeuvres choisies, trad. de Meulenaere, 11, p. 215 s.).

(2) Vermond (Théorie de la possession n° 29 ; Girard (Manuel de Droit Romain p. 259) ; Cornil (traité de la possession).

(3) Cass. 31 mars 1855 (B. 115) ; 11 janv. 1867 (B. 5) ; 25 avril 1884 (B. 145) ; 16 mai 1903 (B. 189) ; 20 juin 1929 (B. 171).

pêche pas en effet la tradition de transmettre la possession.

Celui qui reçoit la chose sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit se rend coupable de recel.

Et le détenteur précaire qui intervertit en *possessio civilis*, la détention de la chose qu'il a reçue en vertu de l'un des contrats énumérés par l'art. 408, manifestant ainsi sa volonté de posséder *animo domini*, commet, s'il est de mauvaise foi, un abus de confiance.

L'art. 2238 du Code Civil indique que le titre de la détention précaire peut se trouver interverti « soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction opposée au droit du propriétaire ».

Cette intervention peut se faire de bonne foi. On peut citer comme exemples le cas où celui qui détient un objet en qualité de commodataire achète cet objet d'un tiers qui s'est présenté à lui comme étant l'héritier du propriétaire véritable, ou encore le cas du mandataire qui oppose au revendiquant le droit de compensation que lui accorde l'art. 1999.

L'interversion ne devient coupable que lorsqu'elle est accomplie contre le droit et de mauvaise foi.

On définit parfois le détournement l'acte par lequel le détenteur d'une chose s'approprie cette chose. Le détenteur peut sans doute avoir la prétention de devenir propriétaire, mais il ne faut pas oublier qu'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession (art. 2240), ni que lorsqu'on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve contraire (art. 2231). La prétention du détenteur est juridiquement irréalisable. Tout au plus peut-on dire qu'il se conduit alors comme le ferait un propriétaire.

Cette définition pourrait aussi faire perdre de vue que l'abus de confiance est consommé, soit qu'on ait profité

personnellement du détournement, soit qu'il ait été commis dans l'intérêt d'un tiers (1).

Le fait matériel d'intervention de la possession consistera souvent dans un acte juridique de disposition : vente ou mise en gage de la chose confiée par exemple.

Cette aliénation n'est permise qu'au propriétaire. En donnant à un tiers la chose à lui confiée, le détenteur manifeste, de la façon la plus énergique, sa volonté de se comporter en maître. Il importerait peu que l'aliénation fût à titre gratuit ; en employant à une fin autre que celle qui avait été convenue, une chose qui lui avait été confiée dans un but déterminé, il fait acte de dissipation.

Cette volonté peut aussi se montrer par une appropriation directe de la chose confiée, en la conservant et en refusant de la rendre, mais il est admis par la jurisprudence que ne constitue un abus de confiance ni la prolongation de jouissance au-delà du terme convenu, ni le détournement de l'usage de la chose.

Un tribunal a pu juger que le fait par un agent réparateur de sucre, d'en vendre ou faire vendre hors du département auquel il est affecté, ne saurait constituer un abus de confiance, alors que le prix de cette denrée n'a pas été détourné, ni dissipé au préjudice de l'Etat ou du département et que, par suite, cet élément essentiel du délit fait défaut (2).

Il n'y a pas non plus détournement dans le fait, par le fondé de pouvoirs du directeur d'une société chargé, en cette qualité, d'ouvrir la correspondance et de la transmettre au directeur, d'avoir retenu deux lettres l'intéressant personnellement et de n'en avoir offert la remise qu'au cours de poursuites. La Chambre Criminelle a en effet jugé (3) que cette rétention plus ou moins prolongée

(1) Cass. 7 avril 1859 (B. 91), 10 mai 1867 (B. 113) ; 22 fév. 1900 (B. 78).

(2) Tr. Corr. Auch, 20 fév. 1919 (Gaz. Trib. Midi, 10 août 1919).

(3) Cr. 21 mai 1896 (B. 173) ; D. 96, 1, 592).

ne constituerait le délit d'abus de confiance qu'autant qu'elle aurait eu pour mobile une intention frauduleuse et pour but de priver définitivement le directeur des lettres indûment conservées.

Une tenancière de kiosque de journaux, poursuivie pour avoir donné en location des journaux qu'elle avait mandat de vendre, a également été relaxée du chef d'abus de confiance. Elle avait sans doute abusé de la possession, mais elle ne l'avait pas intervertie, les journaux ayant été restitués (1).

Le retard de restituer soit un corps certain, soit une somme d'argent, ne prouve nullement, s'il est dégagé de toutes autres circonstances, que le détenteur ait intentionnellement détourné la chose à lui confiée ; il peut s'expliquer par une pure négligence.

Ce principe, constant en jurisprudence, a toujours été reconnu. Un arrêt de Cassation de 1829 (2) porte déjà que « par ces expressions, détourné ou dissipé au préjudice du propriétaire, l'art. 408 indique suffisamment qu'il ne fait pas consister le délit d'abus de confiance dans le simple retard qu'un mandataire salarié apporterait dans l'exécution de son mandat, mais dans le fait de ce mandataire qui, par son infidélité, se serait mis dans l'impuissance de remplir son mandat ».

Le 29 décembre 1866, la Chambre Criminelle a de nouveau jugé (3) que les détournements commis en violation d'un mandat pré-existant ne constituent pas le délit, uniquement par le fait d'une rétention plus ou moins prolongée, des fonds ou valeurs remis au mandataire, à la charge d'en faire un emploi déterminé ; qu'il faut, en outre, que cette rétention ait pour mobile une intention frauduleuse et pour but de priver définitivement le mandant de tout ou partie des fonds ou valeurs détournés.

Le dol Civil, qui peut être apporté dans l'exécution du

(1) Trib. Corr. Seine 15 fév. 1898 (Le Droit du 20 fév. 1898).

(2) Cr. 17 juil. 1829 (Rep. Dalloz n° 69).

(3) D. 67. 4. 188.

mandat, ne saurait en effet être confondu avec la fraude au moyen de laquelle le mandataire se serait mis dans l'impossibilité de rendre.

Ainsi par exemple, a été acquitté l'individu qui, ayant reçu une lettre de change passée à son ordre par voie d'endossement régulier, et causée valeur en compte, avait refusé de représenter cette lettre, et de se dessaisir des fonds provenant de la négociation, avant d'avoir reçu avis du paiement par le tiré ; alors, d'une part, que cet endossement lui donnait le droit d'opérer cette négociation, et que, d'autre part, il résultait de la convention des parties que les fonds ne seraient versés qu'après l'échéance, l'encaissement et l'avis reçu par lui de cet encaissement, avis qu'il n'avait pas reçu (1).

Très souvent les tribunaux ont à statuer dans les espèces où les poursuites sont intentées sur la plainte de mandants voulant activer, par cette menace de sanctions pénales, la rentrée des sommes d'argent détenues par ceux qu'ils ont chargé d'effectuer leurs recouvrements de créances. Ces affaires se terminent le plus souvent par des acquittements, la preuve du détournement par les mandataires n'étant pas rapportée (2).

Cette règle, que le simple retard ne constitue pas un abus de confiance, resterait vraie, alors même qu'un délai aurait été fixé pour la restitution ou pour l'emploi de la chose confiée. Ainsi ont été relaxés ...le notaire qui, ayant reçu les fonds nécessaires pour acquitter les droits d'enregistrement d'un acte, ne l'avait pas fait enregistrer dans les délais (3) ...et le prévenu qui avait retenu le produit de l'effet, par lui négocié, au-delà de l'époque convenue entre lui et son mandant (4). Il avait été reconnu que ces mandataires n'avaient pas eu l'intention de s'approprier les fonds. Leur responsabilité civile seule était engagée.

(1) Cr. 13 décembre 1860 (S. 61. 1. 812 ; D. 67. 5. 1. .

(2) Cr. 21 janv. 1843 (B. 10) ; 8 janv. 1874 (B. 10) ; 19 mars 1853 (B. 104) ; 30 mai 1856 (B. 195) ; 24 oct. 1897 (B. 324. .

(3) Cr. 5 nov. 1835 (S. 35. 1. 790).

(4) Cr. 29 déc. 1866 (B. 278). Voir aussi Cr. 17 juil. 1829 (B. 160.

L'objet confié peut avoir péri par cas fortuit, ou bien encore être égaré ou perdu. Il est bien certain, en ce cas, que le détenteur n'a pas entendu faire acte de maître et intervertir sa possession.

Plus délicate est l'hypothèse où le détenteur a détruit volontairement la chose. Certains auteurs (1) ont soutenu que le détournement n'était alors pas réalisé. Mais détruire l'objet qui a été confié, c'est bien exercer sur lui le jus abutendi qui n'appartient qu'au maître, c'est bien faire acte de propriétaire.

Peu importe que le mandataire n'en tire aucun profit, la circonstance de son enrichissement est indifférente (2). La possession ne lui avait été remise qu'à titre précaire, c'est-à-dire, suivant l'expression de l'art. 408, « à charge de rendre ou représenter ou de faire un usage ou un emploi déterminé ».

Cette expression n'est d'ailleurs pas irréprochable. Elle pourrait conduire à des erreurs si on lui donnait un sens autre que celui de précarité. Ainsi, il arrive souvent qu'on remette une somme d'argent à un ouvrier ou à un représentant pour lui permettre d'effectuer son travail ou de payer ses déplacements. Cet argent lui a été remis dans un but déterminé et avec une affectation spéciale et convenue. Il lui a cependant été remis en pleine propriété, à titre de salaires payés d'avance, et le détournement est juridiquement impossible (3).

Le même article exige en effet que le détournement se fasse « au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs », et le détenteur ne peut être considéré comme étant de mauvaise foi que lorsqu'il a su que ces derniers souffriront un préjudice du fait de son acte même d'appropriation.

(1) Voir note Sirey 59. 2. 168.

(2) Cpr. Rouen 31 janv. 1951 (S. 51. 2. 513).

(3) Gr. ocl. 1903 (B. 346) ; Amiens 9 mars 1901 (Pand. 1903. 2. 21) ; Metz 16 mars 1861 (D. 61. 2. 99) ; Paimbeuf 20 sept. 1901 (Gaz. Trib. 8 nov. 1901).

Comme tout autre délit, le détournement doit être frauduleux et l'inculpé de mauvaise foi.

Mais en matière d'abus de confiance, et particulièrement lorsqu'il s'agit d'abus de mandat portant sur des choses fongibles, il n'est pas facile de donner une définition précise de la mauvaise foi. Les tribunaux, usant de leur pouvoir souverain d'appréciation, affirment ou nient la fraude, sans qu'il soit toujours possible d'apercevoir les raisons juridiques de leurs décisions. Plusieurs systèmes ont été proposés, donnant à l'élément intentionnel une portée plus ou moins large.

D'après certains auteurs (1), la fraude apparaît lorsque le détournement a été commis, non pas seulement par imprudence ou négligence, mais dans le dessein de nuire au commettant.

C'est une formule à coup sûr très simple, mais c'est, en même temps, la plus inexacte. Le mandataire qui s'approprie la chose confiée cherche moins à nuire à autrui qu'à se procurer à lui-même un bénéfice facile et certain, un avantage illégitime.

Il faut, selon nous, définir l'élément intentionnel dans des termes plus larges : l'intention, c'est la connaissance, chez l'agent, qu'il commet un détournement, dans les conditions que la loi exige pour que ce délit soit constitué.

L'art. 408, à la différence de l'art. 379, n'emploie pas le terme frauduleux. Il suffit que le détenteur ait interverti sa possession, sachant qu'il possédait à titre précaire. En se comportant en maître, il prévoyait ou devait prévoir que cet acte d'appropriation était de nature à causer un préjudice au commettant. Qu'il ait eu pour but, plus ou moins direct, de nuire à celui-ci, peu importe. Il savait que ce résultat pouvait se produire ; cette connaissance est suffisante. « Pour faire jaillir la lumière sur ce point, dit M. Garçon (art. 408 n° 18), il faut recourir à la théorie de l'intention et du vol éventuels. L'auteur d'un fait illi-

(1) Chauveau et Helie, théorie du Code pénal — Rep. Dal. Abus de confiance n° 68.

cite volontaire est responsable des conséquences que ce fait peut normalement entraîner. L'auteur du détournement qui fait volontairement sur la chose qui lui est confiée un acte d'appropriation illicite est responsable des suites dommageables de cet acte. Il prétendrait, en vain, qu'il ne les a pas voulues, qu'il avait l'intention et l'espérance plus ou moins fondée de rendre ; cette éventualité n'était pas sûre et le dommage était possible, puisqu'aussi bien il s'est produit. En disposant en maître de la chose confiée, le possesseur a assumé la responsabilité de cet acte qui l'a mis dans l'impossibilité de rendre. Il ne peut se défendre en disant qu'il n'a pas prévu ce résultat ; il devait le prévoir » (1).

C'est le juge du fait qui constate l'existence ou la non existence de l'intention frauduleuse. Aucune formule sacramentelle n'est d'ailleurs imposée pour établir cet élément. Il suffit qu'elle résulte implicitement du jugement ou de l'arrêt (2). On admet même que la reproduction des termes de l'art. 408 constitue un motif suffisant (3).

Le plus souvent d'ailleurs, les tribunaux n'ont qu'à statuer sur l'intention criminelle. Le détournement est presque toujours réalisé lorsque le propriétaire ou le possesseur lésé se décide à porter plainte.

(1) Voir aussi *Blanche*, VI, 215.

(2) Cr. nov. 1902 (B. 362) ; 2 fév. 1901 (B. 38).
B. 558).

(3) Cr. 19 janv. 1905 (B. 25) ; 9 janv. 1903 (B. 13) ; 16 nov. 1912 (B. 558).

Corps certains

La fraude apparaît très facilement lorsque le détournement a porté sur un corps certain. Tout acte de disposition établit la volonté de se comporter en maître, il met le détenteur dans l'impossibilité de remplir son obligation de rendre, de représenter ou d'employer à l'usage convenu la chose qui lui a été remise.

Ainsi, les peines de l'art. 408 ont été déclarées applicables à un commis-voyageur qui, en paiement de ce qu'il devait à un aubergiste, lui avait donné les marchandises qu'il avait reçues de ses commettants, à titre d'échantillons, pour les montrer aux acheteurs. Le prévenu soutenait que les marchandises avaient été saisies par l'aubergiste en vertu du privilège établi par l'art. 2102 § 5 du Code Civil, et qu'en l'absence de saisie régulière elles n'avaient pas cessé d'appartenir aux plaignants. Mais il importait peu évidemment que les formes légales n'eussent pas été observées. Elles ne sont exigées que pour assurer le privilège d'un créancier à l'exclusion des autres. La mauvaise foi résultait suffisamment du fait que c'était le commis-voyageur lui-même qui avait abandonné et même offert en paiement les marchandises, « sachant qu'il serait hors d'état de payer ses dépenses d'hôtel, et qu'il s'était mis par son fait dans l'impossibilité de les solder » (1).

Pareillement a été reconnue coupable d'abus de confiance la femme a qui avait été confié 2.000 mètres de faille, à titre d'échantillons, et qui, après avoir laissé sans réponse plusieurs réclamations et une sommation qui lui avait été adressées par les parties civiles, n'avait effectué la restitution des marchandises qu'après s'être laissé

(1) Cr. 24 janv. 1870 (B. 14) — D. 70. 1. 372. Voir aussi Cr. 27 fév. 1846 (B. 60. D. 46. 1. 128).

condamner par défaut devant la juridiction correctionnelle. La Cour de Cassation (1) a vu dans ce refus persistant de rendre, la preuve de la mauvaise foi. Cet arrêt a été critiqué ; il n'a fait que reprendre les motifs de l'arrêt de la cour de Paris déclarant « que l'impossibilité dans laquelle s'est trouvée la prévenue de représenter les échantillons qui lui avaient été confiés constitue l'abus de confiance, et que leur restitution tardive ne saurait le faire disparaître, alors qu'il était déjà consommé ». Or il s'agissait de choses non fongibles, et il n'était pas établi que la prévenue s'en fût dessaisie. Il y avait en réalité contrat estimatoire, la prévenue refusait de rendre les 2.000 mètres de faille parce qu'ils lui avaient été facturés et qu'elle pouvait s'en croire propriétaire. La restitution tardive semblait bien indiquer qu'elle ne s'en était pas démunie, et il aurait fallu préciser les actes constitutifs du détournement. La Cour de Paris avait déduit la dissipation du fait qu'une prétendue « impossibilité de rendre », laquelle était démentie par la restitution in specie. Cette critique est en partie fondée. Il est certain que la Chambre Criminelle devrait exiger, afin de pouvoir exercer utilement son contrôle, la spécification des actes de détournement, et la constatation de l'intention de frustrer le propriétaire. Dans la matière voisine de l'escroquerie, elle exige que le juge du fait précise en quoi ont consisté soit l'usage du faux nom, ou de la fausse qualité, soit les manœuvres frauduleuses. Pourquoi plus de latitude en matière d'abus de confiance, pour quelles raisons permettre au juge de se contenter de cette simple déclaration que les choses confiées ont été détournées ?

Il ne faudrait cependant pas oublier que si la dissipation des objets « *qua pondere aut mensura constant* » résulte à l'évidence d'une mise en gage ou d'un acte de disposition, elle peut également s'induire de tout fait établissant la volonté du détenteur de s'approprier in corpore, sans aliénation, les choses remises. La preuve de

(1) Cr. 24 avril 1898 (B. 459 ; D. 98. I. 433 et la note).

cette volonté est difficile à administrer, l'abus de jouissance ne pouvant être assimilée au détournement frauduleux, mais la mauvaise foi apparaît nettement lorsque, comme dans l'espèce ci-dessus, plusieurs mises en demeure sont restées infructueuses.

Choses fongibles

Il est d'ailleurs relativement rare, en matière d'abus de mandat, de voir des poursuites correctionnelles intentées pour détournement de corps certain.

Le plus souvent, le contrat de mandat a pour objet des choses fongibles, notamment des sommes d'argent.

La question se pose de savoir dans quels cas et sous quelles conditions le mandataire commet alors le délit d'abus de confiance.

L'abus de confiance étant une interversion de possession, implique que celui qui dispose des objets qui lui ont été confiés n'en soit pas devenu propriétaire. Or, dans le cas où la convention intervenue porte sur des choses fongibles, comme de l'argent, le mandataire, de même que le dépositaire ou le créancier gagiste, devient, en vertu des principes du dépôt irrégulier, propriétaire d'espèces qu'il n'est pas tenu, par hypothèse, de conserver et de restituer in specie.

D'après Laurent (1), le mandant n'a qu'un simple droit de créance, qu'une action personnelle contre le mandataire qui a reçu de l'argent. Si celui-ci tombe en déconfiture ou en faillite, le mandant doit venir au marc le franc sur l'actif à partager (2). La plupart des commentateurs du Code de Commerce (3) admettent également que le mandant ne peut revendiquer le numéraire et les billets de banque remis au mandataire avec une affectation spéciale, que s'ils sont restés distincts et ne se sont pas confondus

(1) Laurent, Principes de droit civil français, t. 27, n° 74 — Voir également en ce sens Planiol et Ripert, Tr. Prat. du Dr. Civ. Fr. tome XI p. 451.

(2) En ce sens, Bourges 6 mai 1851 (D. 53. 2. 3), Lyon 11 nov. 1863 (D. 65. 2. 69).

(3) Pardessus, droit com. T. 3 n° 200 ; Delamarre et Le Poitevin, Traité théor. et Prat. de droit com., t. 3 n° 200 ; Esnault, Faillites, t. 3 n° 361 Boileux sur Boulay — Paty, Faillite, t. 2, n° 20.

avec l'actif du failli. Il est certain, en tous cas, que dans le cas où le mandat comporte des opérations étendues devant donner lieu à des recettes et à des déboursés multiples, les paiements que recevrait le mandataire et ceux qu'il effectuerait, ne constitueraient que des articles du compte qu'il doit rendre de sa gestion, et ce serait l'apurement seul de ce compte qui ferait ressortir s'il est débiteur ou créancier de son mandant (Pothier, du contrat de mandat, n° 58).

On ne retrouve pas, en effet, en matière de mandat, de disposition analogue à celle que renferme l'art. 1932 Code Civil.

Aux termes de cet article : « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. Ainsi, le dépôt de sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de valeur ». La deuxième phrase ne peut être évidemment qu'une application de la première, elle a été empruntée à Pothier (1) qui, après avoir précisé que le dépositaire doit rendre « les mêmes espèces in individuo qu'il a reçues », ajoutait : « c'est pourquoi, s'il est survenu depuis le dépôt une augmentation ou une diminution sur les monnaies, c'est celui qui a donné la somme de deniers en dépôt qui doit profiter de l'augmentation, lorsque les espèces ont été augmentées, ou supporter la diminution, lorsqu'elles ont été diminuées, car le dépositaire doit rendre les mêmes espèces in individuo qu'il a reçues ».

Mais il existe, à côté du dépôt proprement dit, des hypothèses où le dépôt d'une somme d'argent doit être présumé irrégulier, les choses fongibles étant rarement confiées pour être restituées en nature. La propriété des espèces déposées passe alors immédiatement au dépositaire, et la pure logique devrait conduire, ainsi que dans le cas du mandataire qui a reçu des deniers, à écarter l'application des pénalités de l'art. 408 du Code Pénal.

(1) Traité du contrat de dépôt, n° 39.

Cette solution, qui conduirait à relaxer toutes les fois que l'obligation de représentation ou de restitution porte sur des choses fongibles, n'a jamais été admise sans certaines restrictions. Comme le fait très justement remarquer un récent arrêt de la Cour de Paris (1), elle « aurait pour première conséquence que le dépositaire ou mandataire infidèle, qui a déjà empêché par sa faute le déposant de recouvrer la propriété de ses fonds, pourrait tirer prétexte de cette même faute pour encore, par surcroît, priver sa victime du droit d'en demander réparation ; et pour seconde conséquence, que l'article 408 ne serait jamais applicable à aucun contrat de dépôt, de mandat ou de nantissement, puisque dans tous les cas, et dès l'instant de la conclusion de ces contrats, les plaignants auraient toujours automatiquement cessé d'être propriétaires pour n'être plus que de simples créanciers ; qu'on ne saurait cependant concevoir que le législateur ait pu vouloir, dans la première partie de l'art. 408, édicter une sanction contre l'auteur d'un détournement pour, dans la deuxième partie du même article exclure la victime même de ce détournement du droit d'en demander réparation civile ou pénale ».

Certains auteurs ont essayé de justifier l'existence du délit en représentant l'abus de confiance « tantôt comme une atteinte aux droits d'un propriétaire, tantôt comme une atteinte aux droits d'un créancier. L'abus de confiance se conçoit en effet, poursuit Garraud (2), alors même que le mandataire ou le dépositaire infidèle serait devenu propriétaire des effets ou des deniers qui lui ont été remis par un versement analogue à celui du dépôt irrégulier. Et dans ce cas, la dissipation ou le détournement de ces deniers ou de ces effets implique une atteinte aux droits d'un créancier. La victime de l'abus de confiance doit donc établir l'impossibilité pour son débiteur de rendre des effets ou des espèces, parce qu'il est indifférent, à celui

(1) Cour Paris, 4 janv. 1934 (D. H. 34. 105).

(2) Droit pénal français, 2^e édition, tome V, N° 2315 ; Cf. Planiol, Du dol criminel, Rev. Crit. 1813, p. 654.

qui les a fournis, que ce soit ceux-là ou d'autres qui servent à la restitution ».

Cette idée apparaît déjà dans un réquisitoire prononcé le 18 novembre 1813 par Merlin, qui s'est exprimé en ces termes : « Il n'est ni impossible, ni même difficile de fixer l'époque où naît l'action criminelle contre le mandataire qui s'approprie les deniers de son commettant. Cette action naît à l'instant même où les deniers du commettant sont employés par le mandataire à son usage personnel. On sait bien que la pratique n'est pas, à cet égard, tout à fait d'accord avec la théorie. On sait bien que dans la pratique, le mandataire qui s'est approprié les deniers de son commettant n'est poursuivi par action criminelle que lorsque, son insolvabilité venant à éclater, il se trouve dans l'impossibilité de rendre l'équivalent de ce qu'il a pris, et qu'on en use aussi de même à l'égard des receveurs de deniers publics. Mais il n'en est pas moins constant en théorie que le délit a été commis au moment même où le mandataire, portant la main sur la caisse, a usé, comme de son bien personnel, de choses qui ne lui appartenaient pas, et que si, ce qu'on ne fait jamais, on agissait avec lui avec toute la rigueur de la loi, on le punirait même après qu'il aurait rendu l'équivalent de ce qu'il a pris, comme on punirait un voleur, même après qu'il a restitué l'objet qu'il avait soustrait frauduleusement. Pourquoi, du reste, la pratique diffère-t-elle à cet égard de la théorie ? Parce que le mandataire qui reçoit les deniers de son commettant n'est pas obligé de constater, et ne constate pas en effet, les espèces dans lesquelles il les reçoit ; que lorsqu'il en représente l'équivalent, il est censé les avoir conservés en nature, tels qu'il les a touchés, et que, par la raison contraire, lorsqu'il ne peut pas en représenter l'équivalent, il est censé ne les avoir détournés à son profit qu'à l'instant même où son délit est reconnu ».

On ne peut admettre cette opinion. L'abus de confiance est une atteinte à la propriété ; la loi pénale ne se préoccupe pas de la violation de la convention. Le seul usage

des deniers remis à titre de mandat ne saurait constituer le délit. Sans doute le mandataire méconnaît ses engagements lorsqu'il emploie à son usage personnel les sommes qui lui ont été confiées ; mais cette inexécution peut ne donner lieu qu'à des dommages-intérêts que le Code Civil a pris soin de stipuler d'avance, en disposant, par son art. 1996, que le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées, à dater de cet emploi.

Chauveau et Hélie (1) ont nettement aperçu la nécessité de la fraude ; c'est elle seule qui constitue le détournement : « Le détournement n'existe que lorsque le mandataire, en faisant emploi des deniers, agit pour en frustrer le propriétaire, lorsqu'il a l'intention de se les approprier à son préjudice ; c'est cette appropriation frauduleuse qui constitue le délit ».

Chauveau et Hélie ne semblent d'ailleurs pas contester qu'en vertu de la théorie du quasi usufruit, la propriété des deniers passe au mandataire ou au dépositaire. C'est ainsi qu'ils admettent leur bonne foi si ceux-ci, tout en employant à leur usage personnel les sommes remises, ont l'intention de restituer. Ils commettent une faute dans l'exécution du contrat, mais non un délit : ils doivent l'intérêt des deniers dont ils se sont servis ; mais ils ne sont passibles d'aucune peine. Dès qu'aucune pensée frauduleuse ne peut leur être imputée, ils ne sont que des débiteurs retardataires, et ils ne sont tenus que de réparer le dommage qu'ils ont causé.

Si, au contraire, le mandataire a eu l'intention de s'approprier les deniers au moment même où il les employait à son usage, on peut dire que le délit a existé dès ce moment, par le concours du fait matériel du détournement et de la fraude.

La solution apparaît plus douteuse, si le mandataire s'est servi, sans arrière-pensée de fraude, des sommes confiées, mais est devenu, par la suite, insolvable. Sera-t-il alors à l'abri de toutes poursuites, tant que l'accusation

(1) Théorie du code pénal V, 2273 et 2274.

n'aura pas prouvé, et les juges expressément déclaré, qu'il a, de mauvaise foi, disposé des fonds, sachant que, le moment venu, il ne pourrait restituer des valeurs équivalentes ?

Chauveau et Hélie, pas plus que Garraud, ne l'admettent. Le mandataire, disent-ils, devait connaître sa position, et savoir qu'en appliquant à son profit personnel les deniers remis, il les exposait et consommait dès lors le détournement. Ce fait est de nature à faire présumer l'intention frauduleuse. Il est, par suite, un élément suffisant de condamnation, toutes les fois que les circonstances ne prouvent pas contre la présomption qui en résulte. L'art. 408, qui punit le fait d'avoir détourné ou dissipé, implique, par cela même, que le simple détournement ou la simple dissipation peuvent être considérés comme constitutifs du délit, parce qu'ils ne s'expliquent pas sans une intention frauduleuse (*Dolum in se habent*). Il n'est pas nécessaire d'établir la fraude en la basant sur des agissements particuliers et distincts du détournement lui-même. C'est au prévenu qu'il appartient d'établir qu'au moment de l'emploi il était de bonne foi et que son insolvabilité est le résultat d'événements imprévus et postérieurs.

La plupart des arrêts s'inspirent de cette doctrine.

Ils admettent que l'intention disparaît lorsque le mandataire peut détruire la présomption élevée contre lui par son insolvabilité, en prouvant qu'au moment où il a employé les fonds à son usage, il avait la volonté et l'espérance de rendre.

Il a été jugé qu'il n'y a pas abus de confiance de la part de celui qui a usé dans son intérêt de sommes à lui remises pour un emploi déterminé, s'il est établi « d'après les circonstances relevées dans l'arrêt, qu'il n'y a eu ni fraude ni intention de nuire à reprocher audit prévenu » (1).

Par la Cour de Cassation également, il a été admis, no-

(1) Cr. 27 avril 1844 (Rep. Dal. Abus de confiance n° 73) ; Cr. 11 janv. 1845 (D. 45. 1. 87 et la note).

tamment le 30 mai 1856 (D. 57.1.31) et le 28 juin 1862 (D. 62.1.305) que le seul fait d'avoir disposé des fonds confiés n'est pas considéré comme un détournement frauduleux, si le prévenu établit qu'il n'a eu que l'intention d'en faire un emploi momentané, encore que des événements postérieurs ne lui aient pas permis de les rendre à leur destination.

Dans une espèce plus récente, un prévenu à qui avaient été remis des billets de loterie pour qu'il les plaçât dans le public (il s'agissait d'un contrat estimatoire) avait conservé pour son compte personnel plusieurs billets, voulant ainsi profiter de la différence de prix constituant le bénéfice des intermédiaires. Un de ces billets avait gagné le gros lot. Poursuivi pour abus de mandat, le prévenu offrit la preuve qu'il avait pu se croire propriétaire du billet gagnant, et la Cour de Grenoble, le 26 juillet 1907 (D. P. 1909 - 2.331), tout en lui reconnaissant la qualité de simple mandataire démunie de tout droit de propriété sur les billets à placer, l'acquitta pour cette raison « qu'on ne saurait considérer comme une dissipation frauduleuse la rétention d'une valeur reçue à titre de mandat, lorsque le refus de restituer est basé sur une prétention manifestant la divergence de vues des parties quant à l'application et à l'interprétation du contrat ; que, dans l'espèce, les prétentions des prévenus, sans être fondées, étaient cependant très sérieusement soutenables ».

La première jurisprudence de la Chambre Criminelle a même poussé très loin ces idées. Elle a décidé parfois (1) que la seule constatation de l'inexistence d'une intention frauduleuse suffit pour soustraire aux peines de l'art. 408, même celui qui n'aurait restitué des sommes par lui touchées à titre de mandat, qu'après des réclamations réitérées et un commencement de poursuites.

Mais s'il est vrai qu'il y a lieu d'annuler tout arrêt de condamnation qui ne constate pas chez le prévenu l'exis-

(1) Cr. 17 juil. 1829 ; 7 avril 1836 ; 4 mars 1837 (Rep. Dal. n° 69) : 30 août 1843 (D. P. 49. 5. 2) ; 30 mai 1856 (D. P. 57. 1. 31).

tence d'une intention frauduleuse (1), il ne faut cependant pas oublier que cette intention peut s'induire des circonstances et des constatations retenues par le juge du fait (2).

Et l'intention frauduleuse est établie « dès lors que le prévenu s'est mis sciemment dans l'impossibilité de restituer les sommes qui lui ont été confiées ». Cette formule, que l'on trouve dans un arrêt de Cassation du 20 avril 1901 (D. 1901.1.369 avec le très intéressant rapport de M. le Conseiller Accarias), est reproduite sous une forme à peine différente, dans de très nombreux arrêts. Pour ne citer que des exemples, la Cour Suprême a jugé, en Droit : « que le détournement commis par un mandataire est frauduleux, lorsqu'il s'est mis, par sa faute, dans l'impossibilité de remplir son mandat, ou de restituer les sommes par lui détournées de leur destination » (3) : qu'un individu se rend coupable d'abus de confiance lorsque « c'est par son fait et par sa faute qu'il a été dans l'impuissance de restituer les sommes par lui détournées de leur destination » (4).

L'application de cette règle a été faite spécialement au cas où l'agent se trouvait en état d'insolvabilité au moment où il a disposé, dans son intérêt personnel, de la chose à lui confiée (5).

Entre autres décisions récentes, on peut signaler encore un jugement du Tribunal Supérieur de Papeete (6) aux termes duquel commet le délit d'abus de confiance le mandataire qui détourne 2.880 francs qu'il a reçus pour l'achat d'une voiture automobile, en prélevant ladite somme, pour son usage personnel, après l'y avoir déposée, dans la caisse d'une succursale de banque dont il est directeur : « attendu que lorsqu'il a retiré ces fonds de la

(1) Cr. 26 mai 1916 (B. 125) ; 23 juil. 1923 (B. 280).

(2) Cr. 4 avril 1924 (D. H. 1924. 371) ; 25 juin 1925 (B. 199) ; 21 fév. 1930 (Gaz. P. 30. 1. 574).

(3) Cass. 15 janv. 1853 (B. 19 ; D. 53. 5. 5).

(4) Cass. 27 fév. 1843 (B. 43 ; S. 43. 1. 207).

(5) Cr. 11 janv. 1845 (D. 45. 1. 87) ; 10 août 1850 (D. 50. 1. 250) ; 2 juin 1853 (53. 5. 4) ; 7 fév. 1875 (D. 76. 1. 140).

(6) Papeete 25 août 1923 (Gaz. Pal. 1923. 2).

caisse, il était depuis longtemps fixé sur la situation financière de sa succursale et qu'il semble bien avoir effectué le prélèvement dont s'agit en prévision d'une faillite imminente ».

Il n'est, bien entendu, pas nécessaire que le mandataire se sache insolvable. Ses négligences et ses imprudences peuvent établir l'intention, car elles suffisent à créer une insolvabilité qu'il doit prévoir.

C'est ainsi qu'il appartient au remisier, traitant sous son nom, de prendre toutes mesures utiles pour que les couvertures de certains de ses clients ne servent pas à gager les opérations d'autres clients ou les siennes propres, et soient ainsi exposées à être indûment exécutées. Le fait, par ledit remisier, de remettre lui-même des effets, reçus à titre de couverture d'opérations de bourse, en garantie d'opérations étrangères à ceux qui les lui ont confiés, et de les laisser ainsi réaliser pour servir au paiement de dettes n'incombant pas à ces derniers, suffit, en dehors de toute idée de fraude, à constituer le délit d'abus de confiance (Tr. Corr. Seine 11 janvier 1930 - Dr. Fin. 1930.418). Le même tribunal a décidé, par jugement en date du 5 janvier 1932 (Gaz. Pal. 5 avril 1932), que les mandataires généraux d'une société ne sauraient faire supporter à celle-ci des pertes, ou même courir des aléas, dans des opérations étrangères au but social, et que spécialement commet un abus de confiance l'administrateur délégué d'une banque qui utilise une partie des titres en dépôt pour soutenir le crédit d'une filiale : il ne peut se méprendre sur le préjudice qu'éventuellement il peut ainsi causer à la société qu'il dirige.

Alors même que les juges ne peuvent relever l'imprudence dans les actes de gestion, il leur arrive de retenir l'abus de confiance lorsque les fonds ont été employés à un usage autre que celui auquel ils étaient destinés, que l'insolvabilité ultérieure fait apparaître un préjudice, et que le mandataire ne réussit pas à justifier de sa bonne

foi au moment de l'emploi indûment fait (1). La difficulté est alors de fixer l'époque à laquelle a commencé à courir la prescription de l'action publique. Est-ce la date de l'emploi ou celle de l'insolvabilité ? Le prévenu, ainsi que le constate un arrêt de Cassation du 6 décembre 1929 (S. 31. 1. 154) peut parfaitement commettre le délit alors qu'il ne s'est pas encore mis dans l'impossibilité de restituer : c'est aux juges du fait qu'il appartient alors de rechercher, en l'absence de mise en demeure, l'époque à laquelle le détournement a pu être consommé, et de fixer ainsi le point de départ de la prescription. A cet égard leur appréciation est souveraine.

L'insolvabilité élève une grave présomption de fraude à l'encontre de tous les détenteurs de fonds à titre précaire, mais cette présomption est forte surtout lorsque le mandataire exerce une fonction qui lui impose une très exacte probité, comme les huissiers ou les notaires. La faute qu'ils commettent en employant à leur usage les fonds de leurs clients a toujours été très sévèrement appréciée. Un arrêt de la Cour de Bourges a estimé que « les fonds reçus par un comptable ou dépositaire public, à raison de ses fonctions, doivent être pour lui un dépôt sacré : qu'aussitôt qu'il dispose de ces fonds pour ses propres affaires, il commet le délit de détournement ; que, sans doute, l'intention frauduleuse est toujours nécessaire pour constituer le délit, mais que cette intention résulte suffisamment de l'usage abusif et illégal que le dépositaire fait des deniers à lui confiés, et de l'impossibilité où il se met d'exhiber les deniers, à toute réquisition » (2).

Cette présomption de mauvaise foi peut sans doute être détruite par la preuve contraire, elle ne repose cependant sur aucun fondement juridique et ne manque pas d'être arbitraire, comme le remarque M. Garçon dans son Code Pénal annoté.

(1) Cr. 27 avril 1922 (Gaz. Pal. 1922. 2. 207) ; Tr. Corr. Seine, 1^{er} av. 1933 (Gaz. Pal. 1933. 1. 1015).

(2) Bourges, 21 janv. 1853 (S. 53. 2. 415 ; D. 55. 2. 22). Voir aussi Cr. 14 janv. 1859 (B. 20) ; 15 janv. 1853 (B. 19) ; 28 av. 1859 (B. 105).

Cet auteur reproche encore à la théorie de Chauveau et Hélie, suivie pourtant semble-t-il par la majorité des Cours et Tribunaux, de ne pas tenir un compte suffisant de la nécessité du préjudice, et de confondre le détournement matériel et l'élément intentionnel.

Il propose un autre système : ou bien, dit-il, le mandataire, qui a employé pour son usage personnel les fonds à lui confiés, se trouve dans l'impossibilité de les rendre, et il y a délit. Ou bien il peut les restituer à première réclamation, et alors il n'y a pas détournement. Ce n'est pas l'intention qui fait défaut, c'est le préjudice. Le mandant n'a, en effet, aucun intérêt à exiger in specie, les écus remis au mandataire.

C'est attribuer à l'élément préjudice une bien grosse importance.

En employant les termes « au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs », l'art. 408 a moins voulu insister sur la nécessité du préjudice que sur la généralité des personnes qui peuvent se plaindre du détournement. Il suffit, en effet, que la propriété de l'objet dissipé repose sur une tête autre que celle de l'auteur du détournement (1).

Il n'est même pas nécessaire que le préjudice soit effectivement réalisé. La jurisprudence est constante sur ce point. La simple possibilité du préjudice, encore bien que les conséquences de son acte d'appropriation ne se produisent pas ensuite, suffit pour constituer le délit.

Un arrêt de Cassation du 6 avril 1882 (B. 98) n'a-t-il pas jugé que commet un abus de confiance le garçon laitier qui met de l'eau dans le lait qu'il a mandat de vendre, en livre ainsi une quantité supérieure, et s'approprie le prix des excédents ? Peu importe que la société mandant ait reçu le prix de son lait pur, le détournement pratiqué à l'aide de cette falsification l'expose à perdre la confiance de ses clients.

Il serait d'ailleurs profondément injuste de ne pour-

(1) Cass. 14 juin 1872 (B. 142) ; 18 août 1877 (B. 198).

suivre que les insolvable. Il suffirait d'un événement imprévu, tel qu'un héritage ou une spéculation boursière heureuse pour mettre le mandataire infidèle à l'abri de toute sanction pénale.

Les tribunaux n'ont heureusement jamais admis cette façon de voir. Ils ont parfois relevé la solvabilité du mandataire pour le relaxer, mais ils n'ont invoqué cette circonstance que pour établir le défaut d'intention frauduleuse. La situation de fortune du prévenu peut rendre invraisemblable sa volonté de s'approprier une somme minime.

Souvent, il arrive que les parquets accordent un délai aux mandataires poursuivis pour détournement de fonds et classent leur dossier sans suite quand le plaignant a été désintéressé, même en retard. On ne saurait critiquer cette pratique qui permet d'arriver au désintéressement du créancier. Mais, en droit, il est certain qu'une restitution incomplète ou tardive ne fait pas disparaître le délit.

Que le prévenu ait endossé des traites au mandant ou qu'il lui ait payé des acomptes, le préjudice est alors moindre, mais l'action publique reste ouverte.

Qu'il offre en règlement des bijoux ou des meubles meublants, ou qu'il indemnise la victime grâce à l'intervention d'un tiers, seule est éteinte l'action civile.

D'innombrables arrêts ont jugé tardive la restitution opérée seulement après le commencement des poursuites. Le serait également la restitution faite par le prévenu... sous la menace de poursuites correctionnelles (1) ...sous le coup des réclamations dont il était l'objet et des craintes qu'il pouvait en concevoir (2) ...qu'après dissimulation des recouvrements faits pour le compte du mandant (3) .. que pour éviter des poursuites, et après aliénation d'une partie des valeurs confiées (4) ...qu'au cours d'une enquête de gendarmerie, alors que le coupable voyait appa-

(1) Cr. 12 mai 1864 (B. 125 ; D. 65. 1. 198).

(2) Cr. 10 août 1877 (B. 191).

(3) Cr. 3 août 1893 (S. et P. 94. 1. 208 ; B. 219).

(4) Cr. 28 oct. 1899 (S. et P. 1902. 1. 302 ; B. 292).

raître le péril d'un témoignage accusateur (1) ...que dans la crainte d'une poursuite, même avant toute mise en demeure, mais alors que le résultat d'une expertise commencée pouvait révéler l'existence du détournement (2).

Souvent le mandataire infidèle offre de restituer la somme détournée en effets, que le mandant accepte dans l'espoir de rentrer ainsi dans ses fonds. Ne pouvant payer ces billets à l'échéance, il est poursuivi et invoque, pour sa défense, la novation. En réalité, la créance ancienne a conservé sa nature juridique, car le mandant n'a aucunement voulu éteindre l'obligation originale.

C'est qu'en effet « la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte » (art. 1273 Code Civil). L'acceptation d'effets négociables, d'après une jurisprudence aujourd'hui bien établie, ne présume nullement la volonté qu'aurait le créancier de modifier l'objet de sa créance. Ce n'est, pour lui comme pour son débiteur, qu'un procédé particulier de règlement.

Y aurait-il eu novation que les tribunaux rejetteraient encore ce moyen, et condamneraient pour abus de mandat, si cette novation était postérieure à la consommation du délit. L'absence de préjudice ne suffit pas en effet à effacer celui-ci. Ainsi, il a été jugé (3) qu'un prévenu ne pouvait valablement se défendre en produisant un billet, accepté par la victime, pour solde « en renouvellement de sa créance et par novation », alors que ce billet n'avait été souscrit qu'après les poursuites commencées.

L'élément préjudice ne tient donc pas en jurisprudence la place prépondérante que paraît vouloir lui assigner M. Garçon.

Et particulièrement en matière d'abus de confiance portant sur des sommes d'argent remises à titre de mandat,

(1) Pau 13 juil. 1901 (S. et P. 1901, 2, 247 ; D. 1901, 2, 181).

(2) Cr. 20 janv. 1900 (B. 32).

(3) Cr. 16 déc. 1893 (B. 356 ; D. 94, 1, 574. En ce sens encore, Cr. 6 juil. 1895 (B. 198) ; 17 mai 1901 (B. 163 Pand. 1901, 1, 393).

il semble préférable de penser, avec Garraud (1), que « le fait, de la part du prévenu, d'avoir appliqué à son profit personnel des choses qui lui avaient été confiées pour les garder et les rendre, est de nature à faire présumer l'intention frauduleuse ». Il est, par suite, un élément suffisant de condamnation, toutes les fois que les circonstances ne prouvent pas contre la présomption qui en résulte.

*
**

En résumé, le juge correctionnel devant qui est traduit un mandataire infidèle a une double tâche : rechercher d'abord s'il y a bien contrat de mandat, puis apprécier si l'interversion de possession est frauduleuse et constitue un véritable détournement.

A ce point de vue, son pouvoir d'appréciation est extrêmement large. Nous avons vu que si, en principe, la partie poursuivante doit apporter la preuve du contrat, suivant les modes imposées par le Code Civil, la jurisprudence ne craint pas de sanctionner pénalement la violation de mandats légaux ou tacites que le législateur de 1832 n'avait sans doute pas entendu ajouter à la liste primitive des contrats de l'art. 408 du Code Pénal.

D'autre part, si, en doctrine, on discute encore du point de savoir quels sont au juste les droits du mandataire sur les sommes d'argent qui lui ont été confiées, en jurisprudence il est admis que c'est au prévenu qu'il appartient de justifier de sa bonne foi, du moment que les fonds n'ont pu être représentés et que la preuve de la remise a été administrée.

Par une interprétation extensive, les tribunaux ont su s'évader des cadres un peu rigides de l'art. 408 et appliquer les sanctions de l'abus de confiance à des individus trop portés à profiter des lacunes du Code. Ils n'ont pas hésité à faire œuvre prétorienne ; mais les solutions que la pratique leur a imposées ne trouvent pas toujours, dans la doctrine, une approbation unanime. Il conviendrait de consacrer, par une loi, les heureux résultats de cette évolution jurisprudentielle.

(1) Tr. Th. et prat. du Droit pen. franc. tom V n° 2316.

Législation étrangère et conclusion

Dans toutes les hypothèses d'abus de confiance, le prévenu ne peut être poursuivi que s'il a interverti sa possession. Il doit faire acte de propriétaire sur l'objet qu'il ne détient qu'à titre précaire. Telle est la caractéristique principale de ce délit, qui se distingue ainsi nettement du vol.

Mais dans notre droit français, la remise préalable et l'interversion de possession ne suffisent pas ; il faut encore que la remise de l'objet ait été faite en vertu de l'un des contrats limitativement énumérés par le Code Pénal.

Là doit être cherchée l'explication des embarras et des contradictions de la jurisprudence, lorsqu'elle se trouve devant une convention qui se rattache par de nombreux côtés à celles de l'art. 408 du Code Pénal, sans cependant s'identifier complètement avec elles.

Nous avons souligné les inconvénients auxquels aboutissait la nécessité pour le juge de tenir compte des énumérations limitatives. On a pensé les supprimer en augmentant la liste primitive des contrats désignés par le texte, mais dans une législation comme la nôtre, qui élève au rang de contrats toutes les conventions formées par les parties, une énumération, si complète soit-elle, laissera toujours en dehors de ses prévisions des cas devant lesquels le juge se trouvera désarmé.

Les législations modernes ont aperçu ces inconvénients et elles ont donné de l'abus de confiance une définition plus générale.

C'est ainsi que le projet de Code Pénal autrichien de 1912 vise, ainsi que le Code Pénal allemand, le **Veruntreuung**, impliquant la violation d'un contrat, l'**Unterschlagung**, qui n'est que le fait de disposer d'une chose parvenue par erreur ou par hasard entre les mains de l'agent, et l'**Eigenmächtige Aneignung**, qui comprend diverses formes d'appropriation illicite. Les peines, assez modérées afin d'être plus certainement appliquées, varient suivant l'importance des détournements.

Le Code Pénal hollandais, de 1861, définit l'abus de confiance « le fait de s'approprier une chose appartenant à autrui, dont on a obtenu la possession autrement que par un délit » ; et le Code Pénal suédois, de 1864, « sera puni d'amende ou d'emprisonnement celui qui aura falsifié, frauduleusement échangé, détourné ou de toute autre manière volontairement diverti la propriété d'autrui, dont il est détenteur ».

On est loin de la méfiance qu'a toujours ressentie, on ne sait trop pour quelles raisons, le législateur français à l'égard du juge. Et notre grand principe ; « Nulla poena sine lege » ne doit guère embarrasser les magistrats norvégiens lorsqu'ils appliquent l'art 275 de leur Code, ainsi conçu : « Quiconque, dans le but de procurer un bénéfice illicite, ou de nuire à quelqu'un, néglige les affaires confiées à sa direction ou à sa surveillance, ou dans cet ordre d'idées néglige les intérêts d'autrui, est condamné à une amende ou à trois ans de réclusion au plus ».

Si, traversant l'Europe, on quitte le groupe scandinave pour examiner le projet de réforme du Code Pénal grec, qui est sur le chantier depuis 1911, on retrouve, dans l'art. 347, les deux traits caractéristiques des législations nouvelles : modicité des peines et largeur des incriminations. « Celui qui s'est approprié, en tout ou en partie, contrairement à la loi, une chose mobilière venue de n'importe quelle manière en sa possession, est puni d'emprisonne-

ment jusqu'à deux ans et d'amende jusqu'à 10.000 drachmes. Si l'objet du litige a été confié à l'inculpé, ou se trouve être une chose de grande valeur, la peine est l'emprisonnement avec un minimum de trois mois ou la détention temporaire ».

Les mêmes caractères se retrouvent dans le Code bulgare, qui ne date que de 1896, et qui porte dans son art. 319 : « Quiconque s'approprie injustement la chose d'autrui, qu'il possède ou détient, est puni de réclusion jusqu'à trois ans. Le détournement est consommé du moment où le possesseur ou détenteur a disposé de la chose comme lui appartenant ou du moment où, en réponse à une réclamation de l'ayant-droit, il a nié le droit de propriété de celui-ci ». L'article 322 prévoit en outre, et avec raison, l'interdiction d'exercer une profession comme peine complémentaire facultative.

On pourrait encore comparer à notre Code Pénal de 1810, modifié successivement en ce qui concerne l'art. 408, en 1832 et en 1863, le droit anglo-saxon qui n'est pas un droit codifié, mais un droit « casuiste », un droit orienté par les « *leading cases* ». Les praticiens anglais se réfèrent avant tout à la coutume. Lorsque celle-ci devient insuffisante, il intervient bien des lois particulières, visant un point spécial, mais elles conservent généralement une élasticité de termes qui permet au juge de punir tous les actes malhonnêtes. C'est ainsi qu'une loi de 1916 frappe d'une peine pouvant s'élever à sept ans de servitude pénale : « l'acte de toute personne, qui affecte frauduleusement à son propre usage ou à celui d'un autre individu des biens, ou le produit de la disposition de biens qui lui ont été confiés, soit par un autre individu ou pour le compte d'un autre individu, soit enfin qu'elle conserve en sa garde ou qu'elle emploie, qu'elle paye ou qu'elle livre ce bien, ou une partie de ce bien, ou tout ou partie du produit de la vente de ce bien, dans un but quelconque ou à un individu quelconque ».

N'y aurait-il pas avantage à imiter les auteurs des légis-

lations récentes, et à adopter une définition moins étriquée de l'abus de confiance ?

L'article 379 de notre Code Pénal ne donne pas une énumération limitative des différents modes de soustraction frauduleuse ; il laisse au juge le soin d'en déterminer et d'en limiter les applications : il ne semble pas que cette méthode ait donné lieu à des abus.

En dehors de l'évolution historique qui a beaucoup contribué à la formation de l'article 408 du Code Pénal, et à part la crainte peu raisonnée de tomber dans l'arbitraire, il n'y a pas de motif sérieux de soustraire à l'action publique certaines catégories de précaristes, dont les agissements sont incontestablement malhonnêtes, mais que, dans l'état actuel, nous l'avons constaté spécialement en matière d'échange de monnaie et de vente à condition, le juge ne peut atteindre commodément.

S'il est bon de garantir le coupable contre les abus et de le soustraire à tout arbitraire, il n'est pas inutile de veiller à la sécurité des honnêtes gens et de maintenir l'ordre social. On aurait souhaité à cet égard, que le législateur ait su abandonné ses préventions à l'endroit des magistrats, et profiter de la réforme en cours du Code Pénal pour étendre les pénalités de l'abus de confiance à tous les cas de remise volontaire.

Il n'en est rien.

A l'article 455 du projet (Journal Officiel 1934, Documents parlementaires Chambre, annexe n° 3344, p. 513), qui vise spécialement l'abus de confiance, les rédacteurs n'ont fait que reproduire l'ancien article 408 du Code Pénal, en y apportant cependant deux modifications qui vont directement à l'encontre des idées que la science pénale moderne semblait pourtant avoir définitivement imposées : d'une part ils précisent que les détenteurs précaires ne pourront être inquiétés que « dans les cas spécialement prévus par la loi » ; d'autre part, ils aggravent la peine en portant la durée de l'emprisonnement à cinq années et en remplaçant l'ancienne amende proportionnelle, qui ne pouvait excéder le quart des restitutions et des dommages-

intérêts, par une amende de cent francs au moins et de 10.000 francs au plus : « Quiconque, dans les cas spécialement prévus par la loi, aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de 100 francs au moins et de 10.000 francs au plus ».

VU :

Le Président de la Thèse,

H. DONNEDIEU DE VABRES.

VU :

Le Doyen,

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY.

Table des Matières

HISTORIQUE	5
LE MANDAT :	
Définition	17
Tutelle	22
Assurances Sociales	26
Echange de monnaie	36
Pots-de-vin	42
Effets de commerce	50
Société	68
Cheptel à moitié	72
Co-propriété	81
Contrat estimatoire et vente à condition	85
LE DÉTOURNEMENT :	
Notion générale	105
Corps certains	115
Choses fongibles	118
LÉGISLATION ETRANGÈRE ET CONCLUSION	133

